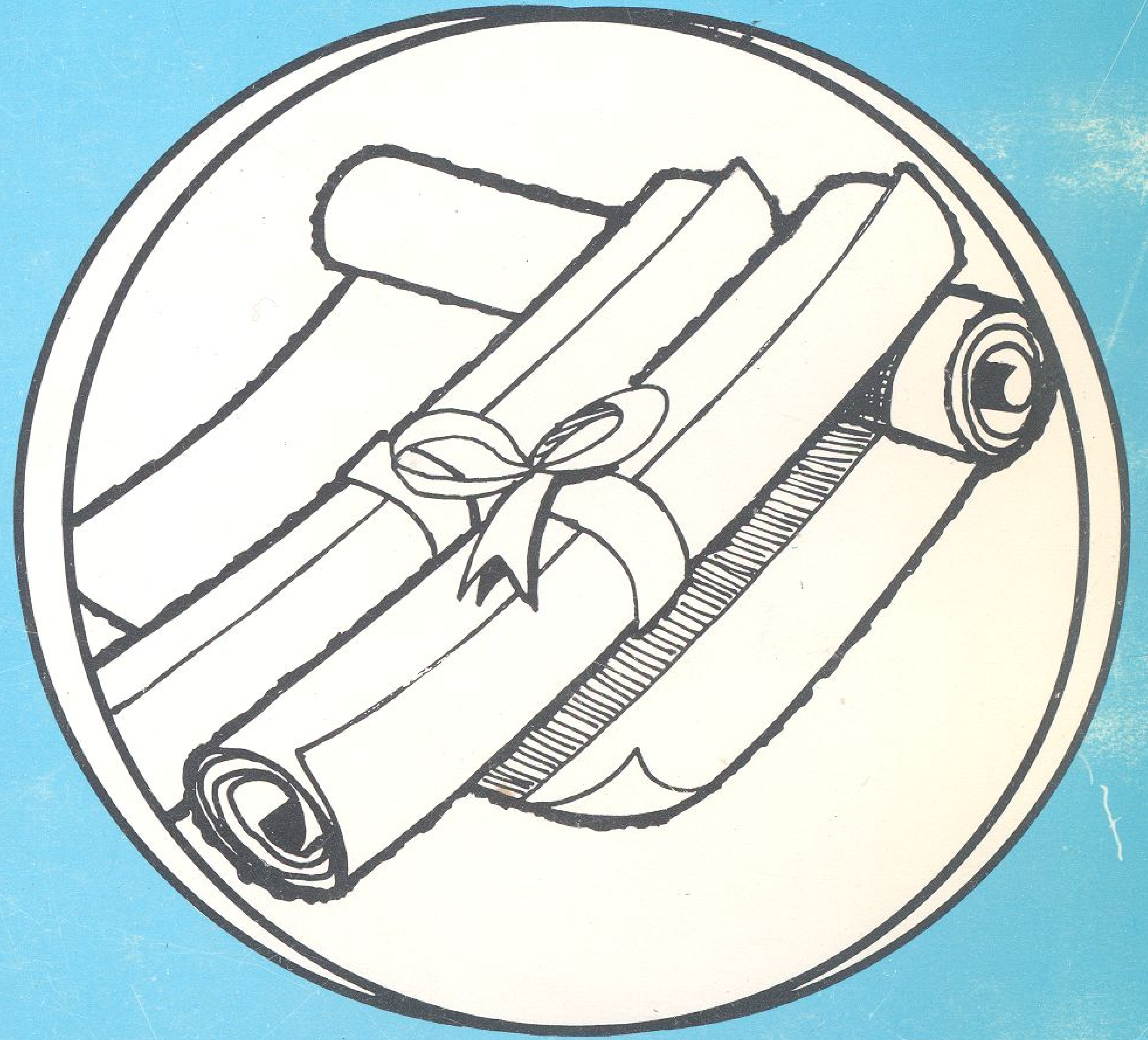
من مكتبة الاقتصاد الإسلامى

العقود الشرعية

الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة



دكتور عيسى عبده

بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامى

المنعقد بمدينة الرياض فى ذى القعدة ١٣٩٦ هـ - نوفمبر ١٩٧٦ م

بدعوة من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

دار الاعتصام

من مكتبة الاقتصاد الإسلامى

العقود الشرعية
الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة

بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامى

المنعقد بمدينة الرياض فى ذى القعدة ١٣٩٦ هـ — نوفمبر ١٩٧٦ م

بدعوة من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

دكتور عيسى عبده

تطلب مؤلفات الدكتور عيسى عبده
من دار الاعتصام ٨ شارع حسين حجازى بالقاهرة
ت : ٣١٧٤٨ — كما تطلب من المكتبات الشهيرة
بمصر والعالم العربى

الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ — ١٩٧٧ م

بسم الله الرحمن الرحيم

فى شهر ذى القعدة من عام ١٣٩٦ هـ (نوفمبر ١٩٧٦م) قامت جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، بتنظيم مؤتمر عالى للفقه الإسلامى بمدينة الرياض ودعت إليه نخبة من المشتغلين بالدراسات الإسلامية ، وكان حصاد هذا المؤتمر جلاء لبعض معالم التراث الإسلامى التى حرمت منها دوائر الأعمال وأسواق المال ، وبقيت كامنة فى مراجعها التقليدية . . . كما كان من حصاد المؤتمر أيضاً العرض الواضح لجانب من أشهر الأساليب العصرية فى المعاملات . .

وكان الهدف من هذا الجهد هو تقريب الثقافة الإسلامية التى أرسى قواعدها السلف الصالح ، من الأجيال المعاصرة التى ألفت أوضاعاً مستحدثة تتفق وطابع العصر مما حجب عن هذه الأجيال أنوار الثقافة الإسلامية الأصيلة . .

وعلى سبيل المثال نقول : إن عقود الوديعة والإجارة والحوالة والوكالة والمضاربة عقود أصيلة يقرها الشرع بمصادره الثابتة . . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى تبدو الصيرفة بعملياتها الحديثة وكأنها نشاط غير مسبوق على حين أنها لا تزيد على صور جديدة للعقود القديمة المستقرة .

وإذا كانت الأجيال المعاصرة تعنى بوضع هذا النشاط المستحدث فى إطار شرعى يساند الصحيح منها ويستبعد الفاسد فقد كانت الحاجة إلى عقد هذا المؤتمر ونظائره حاجة واضحة . . بل شديدة الإلحاح .

* * *

هذا هو الهدف العام من عقد المؤتمر الأول من نوعه ، ولقد أسهم فيه المؤلف ببحث متواضع عن العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة ، وهو

مادة هذا الكتاب — وقد تجود الأقدار بمزيد من الوقت والجهد لإخراج نخبة صالحة من بحوث المؤتمر تحت عنوان لا يزال أملا يرتجى . . ونريد به (حصاد المؤتمر الأول للفقه الإسلامى) . وكل شىء بأمر الله سبحانه وتعالى .

* * *

ولقد رأينا أن نصدّر هذا الكتاب — وإن كان يضم بحثاً واحداً — بكلمات قيمة اخترناها من مادة الحصاد .

فنقول وبالله التوفيق ...

كلمـــة لمعالى مدير الجامعة :

الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى عن ظروف إنشـــاء هذه الجامعة

لمحـة موجـزة

عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

تعريف :

فى أوائل النصف الثانى من القرن الثانى عشر الهجرى (حوالى ١١٥٧ هـ) التقى رجلان على الإسلام ، أولهما الإمام محمد بن سعود ، جد الأسرة السعودية وثانيهما الشيخ المجدد محمد بن عبد الوهاب . . التقيا على الحكم بالشريعة الإسلامية والدعوة لدين الحق مبرءاً عن البدع منزهاً عن الانحراف . . وتعاهد الرجلان ، الإمام والشيخ ، على نشر العقيدة وإقامة الشريعة والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . . وفى الدرعية ، عاصمة الدولة السعودية الأولى قامت الحكومة الإسلامية.

وفى عام ١٩٥٠/١٣٧٠ يلتقى حفيدا الرجلين عند فكرة « المدرسة الدينية » التى تعلم التلاميذ العقيدة مع ما ينبغى لها من معارف أخرى ، وهكذا أنشىء أول معهد علمى بالرياض بعد تشاور جلالة الملك عبد العزيز آل سعود مع فضيلة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمهما الله .

وتكثر المعاهد وتظهر جلية الرغبة فى أن يواصل المتخرجون فيها دراساتهم ويتجه تفكير المصلحين إلى إنشاء كلية الشريعة فتقام عام ١٩٥٣/١٣٧٣ . . وفى العام التالى ١٩٥٤/١٢٧٤ تقام كلية اللغة العربية ، وفى عام ١٩٦٥/١٣٨٥ يقام المعهد العالى للقضاء ليواصل فيه خريجو كلية الشريعة دراساتهم العليا . . وفى عام ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م تضم الدراسات الاجتماعية من تاريخ وجغرافية وغيرهما إلى كلية اللغة

العربية فتصبح كلية اللغة العربية والعلوم الاجتماعية ، وفى الثالث والعشرين من شعبان عام ١٣٩٤ (سبتمبر ١٩٧٤) يصدر المرسوم الملكى متوجاً هذه الكليات باسم الإمام محمد بن سعود فتصبح « جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية » .

ويتزايد فتح الكليات والمعاهد بها حتى أصبحت تضم ست كليات ومعهدين عالمين للدراسات العليا وعمادتين للمكتبات ولشئون الطلبة ، والتى تزدهر وتنمو على مر الأيام .

كلمة معالي مدير الجامعة

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

في افتتاح المؤتمر

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن اتبع سنته وهداه .

وبعد :

فإن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية — وهي تعد لعقد مؤتمر الفقه الإسلامي في غرة ذي القعدة من عام ١٣٩٦ هـ . وتقوم من أجل ذلك ببذل الجهود المؤدية بإذن الله تعالى إلى تحقيق أهدافه — لتدرك تمام الإدراك ثقل التبعة الملقاة على عاتقها وعلى عاتق نظيراتها من جامعات المملكة وجامعات العالم الإسلامي كله . من ضرورة الإسهام في علاج قضايا العالم الإسلامي المعاصر علاجاً مدروسا على أرفع المستويات العلمية الإسلامية المتخصصة .

وإن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بمختلف كلياتها ومعاهدها العالية وما تضطلع به من عمل علمي توجيهي ، وما تسهر عليه من إعداد علماء في شتى المجالات التي تقوم عليها كلياتها ومعاهدها — لتعلم أن هذا المؤتمر الإسلامي الكبير من صميم رسالتها التي أناطتها بها حكومة المملكة الرشيدة .

وإن هذا المؤتمر لخطوة في طريق توثيق الروابط بين علماء المسلمين في مختلف بلدان العالم الإسلامي ، نأمل أن تؤدي إلى التصور الصحيح الدقيق لهذه المصالح التي يتطلع المجتمع الإنساني كله إلى حلول عادلة لها تنبع من روح إنسانية راشدة وفعالة ، وليس كالإسلام نظام يستطيع أن يزيل هذه التناقضات في تلك المصالح ، فالأمة التي تقرأ القرآن الكريم وتعمل وفق منهجه هي الأمة الوسط الراشدة القادرة على القيادة الحكيمة والتوجيه المخلص السديد .

ولئن كان الإسلام يواجه بتحديات معاصرة ، فإن هذا المؤتمر — وأمثاله قادر — بعون الله — :

على أن يكشف عن هـــذه التحديات .

وعلى أن يواجهها بالتفكير العلمى الرشيد .

وعلى أن يقدم الحلول الملائمـــة التى تمكن المجتمع الإسلامى والمجتمعات الإنسانية العالمية من أن تحيـــا الحياة الأفضل ، التى تليق بكرامة الإنسان ، والتى تتحصن من أمراضها وعللها بالإسلام . والله نسأل أن يهيء للمؤتمر كل أسباب النجاح .

مدير جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
دكتـــور
عبد الله بن عبد المحسن التركى

مقدمة وتلخيص لمادة البحث

تمهيد

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.. أما بعد: فإن مادة العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة.. وفيرة جداً.. وهى فى الفقه الإسلامى بالغة من مراتب الشرف مالا تدانيه دراسات رومانية من قبل عصر السيد المسيح .. ولا دراسات أخرى تراكمت عبر القرون إلى يومنا هذا .. ولكن الفقه محجوب عن معظم الدارسين من العرب المسلمين. ولذلك اصطبغت عقلية الجماعات المثقفة فى القرنين الأخيرين بوجه خاص ـ بمسحة غربية يقال لها «لاتينية» أو يقال لها: «سكسونية»، وفى العشرات الأخيرة من السنين وفدت على المشرق العربى وافدة ثالثة يقال لها «شرقية» تمييزاً لها عن الصبغة الغربية التى تصدر عن أوربا وأمريكا الشمالية بوجه خاص.

وفى الصفحات القليلة المرفقة بهذه المقدمة .. عرض لبعض الأدوات التى يستعين بها الباحث فى مثل هذا الميدان .. فنحن نتكلم عن:

ـ أشكال المشروعات.. كالمنشأة الفردية والشركة والهيئة والمؤسسة.

ـ والعقود .. وهى المواثيق التى يجمع كل منها طرفين أو أكثر ..

ـ ومادة الأمن (أ م ن) وهى مادة غنية .. أصلها من: الإيمان وعنها يتفرع التأمين والائتمان .. وهذه أسس عميقة الجذور تقوم عليها المعاملات وما يحكمها من عقود.

ـ ثم نتدرج إلى «الوديعة» و «الضمان» و «القراض» و «الحوالة» فى تسلسل منطقى قدر الإمكان .. إذ فيما بين هذه المفاهيم المشهورة تزاحم على السبق والصدارة .. وكثير منها يدخل فى منطق دائرى.

* وما جئنا إلا بالقليل .. وأول الطريق خطوة ، والله المستعان .. ولكن الذى تركناه هام وجد خطير .. ولذلك نرى أن نشير إليه قبل التركيز على ماجئنا به بين يدى المؤتمر .. وهدفنا هو تسجيل ما هو مطلوب فيما بعد .. لعلنا نكتب من جديد ، ولعل غيرنا يقدم أفضل مما هو ميسور لنا ، وكل شىء بأمر الله سبحانه وتعالى .

القدر الذى تركناه

* تركنا الكثير لأنه معروف ومشهور .. كعقود البيع والرهن والعارية . والربا وإجارة الأعيان وإجارة الأشخاص والوكالة والحراسة .. وهى عقود مخدومة فى مراجع الفقه، ولا تثير تساؤلا شديد الإلحاح (كما هى الحال مع عقد التأمين مثلا). ومع ذلك .. لقد لقى كثير من هذه العقود عناية فائقة من العلماء المعاصرين .. وبخاصة فى النصف الثانى من القرن الرابع عشر للهجرة (أعنى فى جيلنا الحاضر) وضاقت شقة الخلاف فى أمور قليلة .. وبقيت المسافة الفاصلة بين آراء المجتهدين على حالها فى كثير من المسائل .. ولنا فى التأمين رأى نوجزه فى موضعه .. ولنا فى المعاملات الربوية كذلك رأى نوجزه .. وسنحرص إن شاء الله تعالى ، على أن يكون الرأى الذى نذهب إليه بينا واضحاً .. حتى يسهل الحكم عليه بأنه مقبول شكلا ومن ثم فهو جدير بمزيد من تعميق الدراسة أو الحكم عليه بأنه لايثير الاهتمام .

* ولنا فى الزكاة قول لم ننشره بعد .. ولم يرد فى هذا البحث .. وإنما نذكره الآن بقصد التسجيل وحسب .. كما تقدم البيان .. ذلك أنه :

الزكاة عقد !!

نعم : الزكاة عقد — وسندنا فى ذلك من أقوال المفسرين وأهل النظر فى كتاب الله ، حين يعرضون لأول سورة « المائدة » « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ثم يقول بعض المفسرين : إن العقود ثلاثة : عقد فطرى ، وعقد تكليفى ،

وعقد عرفى .. فأما العقد الفطرى : فهو موثق بين العباد ورب العباد كما فى قوله تعالى «وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى .. شهدنا .. أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين » وكما فى قوله جل وعلا « إن كل من فى السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبداً ، لقد أحصاهم وعدهم عداً ، وكلهم آتيه يوم القيـــامة فرداً » وقوله أيضاً « كتب ربكم على نفسه الرحمة » هذه أمثلة على العقود الفطرية ، ولسنا بصدد مزيد من البيان ..

فأما العقود العرفية : فهى ما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم .. بصرف النظر عن التوثيق لدى موظف مختص .. ليكون العقد رسمياً .. فهذه إجراءات شكلية لا تؤثر فى طبيعة العقد .. فهو مما تعارف عليه الناس وإن اتخذ من صور التوثيق. والتسجيل والإشهاد والشهر .. ما استحدثه القانون الوضعى لدرء المفاسد التى استحدثها ضعف الإيمان والاستهانة برقابة الله .. نعوذ بالله مما تكاثر من فسوق وعصيان ..

والنوع الثالث من العقود هو العقود التكليفية التى ترد بصيغة الأمر والنهى أو تجىء بأوامر الإقدام وأوامر الإحجام .. كما فى قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة. واستنادا إلى هذا المنطق السليم .. قال بعض السلف الصالح : إن الزكاة عقد تكليفى. وفى قولهم بلاغ .. أى بلاغ !! أما الآثار الاقتصادية للوفاء بهذا العقد فإن أحداً لم يعرض لها — من كتاب الاقتصاد — على نحو يتناسب مع جلال قدرها .. وهى عندنا (أى الزكاة) أداة اقتصادية لا نظير لها فى أى تشريع سماوى سابق للإسلام، ولا فى أى تشريع وضعى بالغة منزلته ما تريد أن تبلغه من الحكمة .. ولقد نشرنا فى « منبر الإسلام » من نحو عشرة أعوام مقالا موجزاً عن الزكاة. بوصفها من أدوات الاقتصاد .. ولكن الذى نشرنا بالغ القصور عن بلوغ القصد — ولذلك جئنا بذكر الزكاة فى صدر ما تركناه مؤقتاً ، وكل شىء عنده بمقدار .

* وفى إجارة الأشخاص ، وهى عقد لا غنى عنه فى كل جيل وفى كل عصر ، رأينا تجربة هامة فى العقد السابع من هذا القرن الميلادى .. حين اجتمع فى القاهرة. عدد من كبار الخبراء فى الإدارة وفى شئون المال ، وأساتذة الاقتصاد والقانون ،

وخبراء الصياغة .. وعكف هذا الجمع المتخصص على وضع لائحة للتوظف .. بمناسبة هبوب الرياح الفكرية العاتية على المشرق العربى .. ولم تكن الشريعة الإسلامية حاضرة فى هذه الجهود .. فكان طبيعياً أن تتعثر الخطوات وأن تضطرب، وإذ كنت مقرراً للجنة الصياغة الأخيرة .. فقد شهدت الجلسات كلها ثمانية عشر شهراً .. وتفرغت مع زميلين اثنين لصياغة المواد .. وكانت أخطر عقبة اصطدمت بها الجهود .. هى التفرقة العلمية بين هذه المفردات الشائعة : الموظف — المستخدم — داخل الهيئة — خارج الهيئة — عامل زهورات — عامل مستديم — عامل مياومة — عامل فنى — داخل الكادر — خارج الكادر — عامل ماهر — وغير ماهر — وصانع وحرفى — وفلاح .. إلى آخر التفصيلات التى أزعجت الباحثين وغلبتهم على أمرهم حتى يئسوا من وضع القواعد المنصفة .

* وهكذا انتهت الجهود إلى هيكل ضعيف الأساس .. ولقد حاولت التذكير بأن تقسيم السلف الصالح هو الصواب : أجير خاص أو أجير وحد(١) ، وأجير مشترك — وهذا هو الإطار الجامع المانع الذى يضم الجزئيات والمفردات فى حدوده .. فإذا لم نلتزم بالأوضاع الشرعية فإن عملنا سيقوم على شفا جرف، وعما قليل سينهار .. ولكن التيارات الفكرية التى تقدم ذكرها كانت تعصف بالرءوس .. وما زلت أذكر إلى الآن رصانة الفقه وتفاهة النظرات التى شهدتها .. وانتهت إلى البوار .. وكان ذلك بمناسبة متابعة العمل مع لجان اللائحة .

* وفى إجارة الأشخاص أيضاً كان لى موقف من بعض رجال القانون الوضعى ومنهم المرحوم أحمد نجيب الهلالى، والمرحوم الدكتور / عبد الرزاق السنهورى

---

(١) وحد : بفتح الواو والحاء وسكون الدال أى أجير لواحد من أرباب الأعمال فهو أجير خاص أو وحد .

وقد أخذا معاً (أو أخذ الهلالى وتابعه السنهورى) عن الشروح الفرنسية وذهبا مع الفرنسيين إلى القول بأن « إجارة الأشخاص » لاتليق بالآدمى فى عصر النور والحرية .. من بعد الثورة الفرنسية وميثاق حقوق الإنسان !! وقالا — عفا الله عنهما — إن عقد الإجارة ، فى زمننا هذا .. يجب أن يقتصر على الأعيان والحيوان .. فأما الإنسان : فقد استحدث القانون الوضعى ما يليق به .. وهو عقد العمل الفردى وعقد العمل الجماعى . . وكانت لى جولة قصيرة مع هؤلاء — فى مجلة الوعى الإسلامى — التى تصدر بالكويت وكان بودى أن أعرض لإجارة الأشخاص فى هذا المؤتمر .. المحدد لعقده بشهر القعدة من عام ١٣٩٦ هـ . . ضمن العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المعاصرة .. ولكن « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ولعل المستقبل يجود بما هو متعذر الآن . . وكل شيء بأمر الله سبحانه وتعالى ..

* والحق : لقد تركت الكثير الهام .. ثم خشيت السكوت عند حد الترك فيقال بأن ما تركناه لا يطاول العصر .. فكان لزاما أن نؤكد تفوق الشريعة الإسلامية وكمالها فى كل عقد .. أما تقصير البحث الحالى فيرجع إلى قصور القلم وحسب .

خطة العمل

* ذكرنا من قبل أننا جئنا ببعض العقود فى تسلسل منطقى ، بقدر ما ظهر لنا من حيث النسق الرتيب . . فمثلا : الكلام عن شكل المشروع مقدم على غيره ثم يجيء الكلام عن الشركة باعتبارها من أهم أشكال المشروعات قديماً وحديثاً .. وبعد ذلك .. العقد بوصفه ميثاقاً يجمع وينظم .. وقد يليق بعد ذلك أن نتكلم عن الضمان .. ما هو ؟ — ثم الإيداع أو الوديعة .. وقد يسبق ذلك بخطوة واحدة .. « الأمن » لأنه الأصل فى المعاملات . . وتجيء العقود الأخرى بعد ذلك تباعاً .. .. ثم ننتقل إلى مصادر المادة وما أسهمنا به فنقول وبالله التوفيق : مصادر كل فقرة واردة فى المكان المناسب .. فإن صرفت النظر عن ذكر

المصدر فإن هذا التصرف يحمل على واحد من أمرين .. أحدهما أن يكون القول من حفظى ولا أذكر المصدر تحديدا (وهذا نادر) أو يكون القول من اجتهادى فى حدود عملى زهاء خمسين عاما .. ولقد أخذت عن مصادر ذات وزن كبير .. منها : بحث لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية فى عام ١٣٩٤ هـ (عن التأمين) وبحوث ثلاثة أعددتها عن التأمين أيضاً ، وهى فنية أساساً .. وقد قدمتها للهيئة الموقرة سالفة الذكر عام ١٣٩٤ هـ وكذلك أخذت عن دراسة حسنة لعقد « الحوالة » قامت إعدادها موسوعة الفقه الإسلامى بالكويت ، ونشرت فى عام ١٣٩٠ هـ .. وقد اخترت منها فقرات ذات صلة بخط التفكير الذى التزمت به .. وهكذا يكون عملى فى الجزء الخاص بالحوالة مقصوراً على الاطلاع والاختيار أو مايعرف عند الفرنجة بقولهم « قراءات readings » وفى هذا القدر المتواضع من جانب الباحث .. تيسير لطلاب العلم الذين يرجعون فى المستقبل إلى أعمال هذا المؤتمر .

(الخلاصة الوافية)

بقى أن أعرض لما هو مقدم اليوم .. بكلمات شديدة الإيجاز قطعية الدلالة قدر الإمكان .. لعل فى هذه الكلمات ما يعين على إزالة الغموض عن موضوعات يكثر بشأنها الأخذ والرد .. وقد تعاود المؤتمرات فى دورانها النظر فيها مرة بعد أخرى .. وقد تبدأ مراراً من حيث بدأت المؤتمرات السابقة .. وسيلحظ القارىء الكريم أن الصبغة المصرفية تغلب أحياناً .. وذلك بسبب مالقيته من مشقة فى إعداد الهيكل الإدارى والدورة المستندية وجملة الوثائق وما فى حكمها لبنك إسلامى .. حين أسهمت فى إنشاء « بنك دبى الإسلامى » وقد مضى على قيامه عام واحد .. ومن الإنصاف أن نقول : إن استكمال بناء هذه المنشأة الإسلامية سوف يستغرق زمناً ، ويستنفد جهودا صادقة لأعوام غير قليلة — وليست البنوك هى كل شىء فى ميادين المعاملات وإن كانت من أهمها ، ومن دونها ميادين أخرى .. ولكن أصالة العقود الشرعية

وكفايتها هى محل النظر هنا .. فنقول عن دراسة نظرية ، وعن ممارسة عملية لا بأس بها ، « إن العقود الشرعية وما يدور فى فلكها من التراث الإسلامى هى المتفردة بالوفرة وبالمرونة وبالثبات جميعاً ، وهى المعين الذى لا ينضب ومن أحكامها يستمد الباحث جملة الضوابط التى لا تخطىء » .

* ولقد يذهب البعض إلى الظن بأن هذا القول فيه مبالغة أو حماس .. وليس كذلك .. ولكن الوقت المتاح لا يتسع للتدليل على ما ذهبنا إليه من تعميم الحكم على صلاحية العقود الشرعية ودقتها مع الوفاء بما هو مطلوب اليوم .. وبحسبنا إذن أن نجىء بأمثلة قليلة من خارج الميدان الذى تغشاه هذه الدراسة .. فنقول .

١ — فى أحكام عقد النقل ومسئولية أمين النقل ، اتضح أن أقوال الفقهاء أسبق من كل التشريعات الوضعية الحديثة .. فى تقدير جسامة المسئولية التى تقع على الأمين .. إن كانت النتائج التى ترتبت على الخطأ أو التقصير ، بالغة من المدى مالا تبلغه فى الحالات العادية .

* ظهرت هذه الموازنة من خلال المحاكمات التى جرت لعمال الصيانة وضباط الخدمة الأرضية فى المطارات . . حين يترتب على الخطأ اليسير الذى يقع من بعضهم أن تذهب أرواح المئات من الركاب وأطقم الطائرات .

٢ — وحين انهار(١) بعض المبانى، بعد إقامتها .. وذهبت أرواح بريئة تشكو إلى خالقها .. وجىء بالمقاول وبالمهندس وبالمالك .. وعرضت الجرائم التى ارتكبوها ووصفت بعبارات القوانين الوضعية .. تبين أن القوالب التى صبت فيها الجرائم والعقوبات لا تسمح للقضاء بإنزال العقوبة الرادعة .. ومعلوم أن القصد الأول من العقوبة هو الردع ومنع التكرار .. وأما الانتقام فغير مقصود.. وهكذا كانت الجرائم صارخة والأحكام هينة .. على حين أن أحكام الشريعة بريئة من هذا التخاذل .

---

(١) تقول : انهار بعض المبانى أو انهارت بعض المبانى وكلاهما صواب .

٣ — وفى أحداث الخيانة الكبرى والاختلاس والتبديد والتخريب المتعمد بقصد الإضرار بالصالح القومى لصالح العدو .. أو بقصد إخفاء جرائم السرقة والنهب .. وضح للناس أن الأحكام الوضعية وما يسبقها من إجراءات، بالغة الضعف والهزال .. ومع ذلك مازالت بعض الأصوات ترتفع بنقد الشريعة وأحكامها لمجرد الولاء السلبى لما يقال له التشريع الوضعى الحديث فى كل ميدان !!

٤ — وفى أحكام الشركات استوقف نظرى بعض أقوال السلف الصالح، ومنهم . الشيخ « عليش » فى موسوعته « منح الجليل » حين تكلم عن كراهة الشركة بين رجل وامرأة (غير محرم) لمباشرة نشاط تجارى .. نظراً لما فى تشابك المصالح وتكرار الأخذ والرد والمشاورة والمحاسبة .. نظراً لما فى هذا كله ونظائره .. من احتمال الألفة الزائدة أو الإعجاب أو الفتنة وقد توقفت قوانين الأرض كلها — فيما نعلم — عن إثارة أمر كهذا .. ولكن السلف الصالح حين يكتب عن العقود أو المعاملات أو العبادات لايفرط فى شىء من آداب الإسلام وأوامره ونواهيه .. كما لايتغاضى عن سد الذرائع ما وجد السبيل .. لانقول بأن عقد الشركة بين الرجل والمرأة محرم أو مكروه بل نقول وحسب : إن للتشريع أصولا وقواعد .. وإن له أيضاً حصانة من الآداب وحصانة من تقوى الله .. ومثل هذه الروافد التى تصب فى مجرى الأحكام الأصلية الملزمة .. تضفى على العقود والمواثيق والإجراءات . . صبغة إنسانية كريمة .

٥ — وفيما كتبه « السرخسى » فى كتابه « الأصل » عن التجارة الدولية، ومايجوز بيعه عبر الحدود للصديق وللخصم المرتقب وللعدو المتربص .. فيما كتبه هذا الفقيه سبق بعيد لكل ما عرف فى زمانه، وبعد زمانه بقرون كثيرة عن المواد التى يقال لها « استراتيجية » أى من المواد التى يعتمد عليها المسلمون فى الدفاع عن دينهم وعن الأمة . . فإذا خرجت من أيديهم بعقد بيع سليم من حيث التراضى . . فإن هذا الفعل مكروه عند الفقهاء .

* * *

* لقد ذكرنا هذه الأمثلة القليلة — استطراداً — لمجرد التدليل على أن القدر الذى تناولناه .. لايزيد على قطرة من نهر يفيض بالخير العميم .. ومن يرد الله به خيراً .. ييسر له سبيل الأخذ من الكتاب والسنة ، أو كما قال « ومن يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين » .

العقود فى كلمات

* نريد بالعقود هنا .. ذلك العدد المحدود الذى جاء ذكره فى البحث الحالى .. ومن ثم تكون هذه الفقرة استمراراً لسابقتها .. مع التركيز على النواحى التى نظنها جديرة بالنظر ، فى كل عقد بدوره .. وقد عرفنا مما تقدم بيانه .. أن أشكال المشروعات قد أخذت فى زمننا هذا دوراً إيجابياً يؤثر فى الملكية ويتأثر بها .. وهذا أمر مستحدث .. ينبغى ذكره قبل الكلام عن عقد الشركة (وهو أول العقود فى بحثنا) فنقول وبالله التوفيق ...

أشكال المشروعات

* المشروع الإنتاجى طاقة معزولة ، أو هو مجموعة من الموارد والطاقات الطبيعية التى يتولاها الإنسان بحيلته ومهارته لكى يجعل منها متكاملة جهازاً ينتج خدمة أو سلعة تشبع بعض حاجات الناس .. ويقابل لفظة المشروع فيما نحن بصدده مفردات أجنبية منها مايلى :

concern , enterprise , productive-unit

على خلاف يسير فيما بين معانى هذه المفردات .. ومن الأمثلة على المشروعات أو الوحدات الإنتاجية : ورشة لصيانة السيارات ، ومخبز ، ومتجر ، ومصرف .. الخ . وغرضنا من هذا التمهيد هو القول بأنه تجب التفرقة بين المشروع بوجوده فى عالم الحقيقة .. وبين الشكل الذى يتخذه المشروع .. وما الشكل إلا وعاء تصب فيه الوحدة الإنتاجية « pot » كما يقولون فى اللغة الانجليزية ..أما الفرنسيون فيعتبرون الشكل نوعاً من الصورة « forme » أو يعتبرونه

رداء يلقى على المشروع ليميزه من غيره vetement .. كما يقول « ريبرت RIPERT» أحد أعلام القانون التجارى فى فرنسا .

وأقدم الصور والأشكال هى من محال الأفراد .. وأهمها وأخطرها : الشركات .. وتعتبر « شركة المساهمة » أكبر الأشكال أهمية وأكثرها انتشاراً . . والجدير بالانتباه أن « شركة المساهمة » هذه « لا شركة » ومن أسباب القلق فى هذا الجيل المعاصر أن أصبحت « شركة المساهمة » كما يقولون هى الشكل المعتمد فى القوانين الوضعية للبلاد الإسلامية . . فى أخطر الميادين . . كميدان الصيرفة والتأمين وإدارة المرافق العامة بالتفويض من الدولة . . كما فى شركات النقل وتغذية المدن بالتيار الكهربائى وبالماء — ثم إن الفكر الاشتراكى جاء إلى بعض البلاد الإسلامية بمفردات موغلة فى العجب . . كالشركة العامة والهيئة العامة والمنظمة . . وإذا قورن هذا كله بما فى مراجع الفقه لتعين الوقوف طويلا قبل اعتماد هذه الأشكال الحديثة من صور المشروعات . . والناس فى نشاطهم الاقتصادى مجبرون على التعاقد مع هذه المستحدثات ، ومن ثم كان النظر إليها ، ولو نظرة عاجلة ، أمراً مرغوباً فيه قبل المضى فى عرض المادة الأصلية للبحث .

الشركة

« الشركة — كما عرفنا — هى مجرد « شكل» يتخذه المشروع المعين . . وليست الشركة ذاتها وحدة إنتاجية نافعة . . بل هى الشكل أو الوعاء أو الرداء "vetement" وأهم ما نلاحظه على القوانين الوضعية أنها تضع شركة المساهمة فى الموضع المميز من جملة الشركات بأنواعها المعروفة فى الفقه وفى القانون الوضعى . . ذلك .. على حين أن « المساهمة » فى حقيقتها (ولا نقول شركة المساهمة) هى منظمة مالية يلتحق بها من يشاء بإرادته المنفردة ، حين يكتتب فى الأسهم أو حين يشتريها من سوق الأوراق المالية(١) فيكون «مساهما» ومن حقه أيضاً أن يبيع الأسهم

(١) الأوراق المالية هى الأسهم والسندات وشهادات الاستثمار وأذونات الخزانة . . أما تسمية النقود الورقية والبنكنوت بهذه العبارة فخطأ كبير ، وهو مشهور مع الأسف .

بإرادته المنفردة فيخرج من جماعة المساهمين بغير إذنهم بل بغير علمهم .. وما هكذا الشركات . . ولا هكذا العقود قطعاً . . والأمر واضح — ومع ذلك هو خطأ مشهور ويبدو أنه لافكاك منه . . ثم إنه بدأ من أواخر القرن الخامس عشر . . وتطور بوجه خاص وبسرعة فائقة خلال القرن التاسع عشر .

﴾ ولا علم لنا بأن الفقه الإسلامى يعترف بهذا النوع من الشركات . . وللمساهمة مزايا وعيوب .. ومن أهم المزايا أنها منظمة تعيش مستقلة عن الأشخاص الطبيعيين وقد تصل مدة الواحدة منها إلى عشرات السنين ، وقد تعيش قرناً من الزمان أو عدة قرون .. وبعض وجوه النشاط تصلح حالة على هذا النوع من التنظيم . . ومن عيوبها أنها تجمع الصالح والطالح من عباد الله ، فى « جمع واحد » يقال له « الجمعية العمومية للمساهمين » ولا خيار لأحدهم فى أن يكون زميلا فى هذا التنظيم لبعض خيار القوم أو لبعض الأشرار .

﴾ ولقد تحدثت إلى بعض العلماء المعاصرين فى هذا الأمر . . ولم أجد جواباً شافياً ولذلك قيل « الأصل فى الأعمال الإباحة » ولا تحريم ولا تجريم إلا بنص . . كل هذا صحيح . . لكنه لا يزال قيد البحث . . ولهذا نثيره فى موضعه هنا .

العقود

﴾ العقد هو الموثق والميثاق . . وهو العقدة التى تربط بين طرفين ، ومن خير ما ورد فى خصوص العقد قول الجصاص « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو . . أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه . . . . » وقد جئنا فى فقرة تالية بأثارة من علم الأولين عن العقد كما ذكرنا من قبل تفصيل العقود بمناسبة ما ذهب إليه العارفون . . من اعتبار الزكاة عقداً تكليفياً ونحن نتابع هذا القول . . ونراه صواباً .

الضمان

* الضمان كالكفالة . . وهذا العقد ، مع عقد التأمين ، يشبهان حجر الأساس في كل معاملة . . ولذلك حرصنا على التوسع بعض الشيء عند الكلام عن بعض فقرات هذا البحث . . فبدأنا بالنظر في معاجم اللغة ، ثم كتب التفسير والحديث . . وأخيرا جئنا باليسير من أقوال المشتغلين بالدراسات القانونية الوضعية . . وفي صدر كل فقرة مقدمة خاصة بها تكشف عن أهم بنودها . . ومن ثم تعين الاختصار في هذه المقدمة العامة .

الوديعة

* أحكام الوديعة تتناول الخلط والضمان ومسئولية المودع لديه . . . كما أن المساس بالوديعة إن كانت من المثليات . . فيه نظر . . فمن الأئمة من يرى جواز التصرف في الوديعة مع الضمان . . ومنهم الإمام مالك رضى الله عنه كل ذلك وارد قبل ظهور الأدوات المتخصصة في قبول الودائع . . كالمصارف وهيئات الاستثمار . . فهذه وتلك . . صناعتها قبول الودائع وحفظها وتوظيفها . . ولكن هل يجوز التصرف في الوديعة إذا اشترط صاحبها عدم المساس بها . . نقول : نعم إن كانت من المثليات . . والقول بغير ذلك يؤدى إلى تحويل أدوات الادخار والاستثمار إلى سجون تحبس القيم والقدرات على التصرف الاقتصادى . . وليس شيء من ذلك بداخل في مقاصد الشرع الحنيف . . وما أحسن قول المقريزى « النقود كالجنود إن حبستها عطلتها » .

ثم إن المسائل التي تتفرع على الوديعة وتكاثرها لدى أدوات الادخار والاستثمار (كالبنوك وهيئات الاستثمار وهيئات التأمين والشركات المشتغلة بمثل ذلك) هى مسائل بالغة الأهمية .. ومن ذلك مثلا : أن الأدوات المذكورة تستطيع أن تخلق النقود خلقاً بالتوسع في منح الائتمان . . فتنشأ النقود الكتابية والنقود الائتمانية . . وتتكاثر وسائل الدفع وبدائل النقود ، وما لم يكن هذا النشاط خاضعاً

للرقابة الواعية فإن التضخم يكتسح الأسواق وتتأذى كثرة العباد من أصحاب الدخول النقدية المحدودة كالأجراء والعمال بوجه عام . . ولقد بدأ التضخم النقدى مع الحرب العالمية الأولى فى أوائل سبتمبر سنة ١٩١٤ م .. حين خرجت بريطانيا عن قاعده الذهب وفى هذا الأمر الخطير تفصيلات جئنا بطرف منها فى كتابنا عن « اقتصاديات النقود والمصارف » — وبتزايد الودائع زادت قدرة المصارف على منح الائتمان أضعافا وزادت محنة التضخم أخذا بخناق العباد .. والمصارف لها مصلحة يعترف بها القانون الوضعى .. وتتمثل فى بيع الائتمان نظير الفوايد الربوية .. فكيف تكون سياسة البنوك الإسلامية فى أمر الوديعة الشرعية .. وفى أمر الائتمان؟ هذا ماأشرنا إليه فى مدخل الكلام عن الوديعة فى مكانها المناسب وبقى التنبيه إلى أن الوديعة فى المصطلحات التجارية قرينة الفائدة الثابتة لمصلحة المودع . وهذا حرام فيما نفهمه من أحكام الشريعة .. لأن الفائدة بكل صورها وبكل حجومها اليسيرة والخطيرة .. والبسيطة والمركبة ، وبأسمائها الملتوية كالخصم والحطيطة والسماح بقصد تعجيل الدفع .. هذه الصور كلها « ربا » والربا من الكبائر وإن أصر البعض على التشكيك فى ذلك .

الأمـــن

وفى مادة الأمن والتأمين والائتمان مجال فسيح للقول ، لايزال ، على الرغم من كل الجهود التى بذلت .. ولذلك أعطينا هذه الفقرة — فى دورها — بعض العناية وجئنا فى صدرها بموجز قد يحفز على النظر فى مادة الأمن كلها .

القرض

وفى القرض والقراض والمضاربة مناهج مشروعة لتوظيف الأموال .. ولها وزنها فى البنوك الإسلامية . . ولذلك عالجناها على نحو ماذكرناه فى أمر التأمين والائتمان .. أى أننا جئنا بخلاصة مناسبة فى صدر كل فقرة تناولت هـــذه العقود .

الحوالـــة

الحوالة ، شرعاً ، هى نقل الدين من ذمة إلى ذمة .. إما بقصد التملك أو بقصد الوكالة عن الدائن الأصلى . . ولهذا العقد موضعه فى كثير من عمليات المصارف والمعاملات التجارية .. وكذا فى الأوراق التجارية كالكمبيالة والسند الإذنى عند تظهيره . . وبالتوسع فى المعاملات وأدواتها أصبحت الفواتير المقبولة نوعا من أدوات الائتمان ومن وسائل الدفع . . أى قضاء الدين بإحالة الدائن على مدين اشترى وقبل الفاتورة وإذا كانت أعمال البنوك الإسلامية موضع الاهتمام فى جيلنا الحاضر .. فلم أجد خيراً من الدراسة التى أعدتها « موسوعة الفقه الإسلامى » بالكويت . . فأخذت عنها بعض فقراتها دون تصرف . . ومن قبل ما أصدرت الموسوعة ذاتها بحثين عن الأطعمة والأشربة وفى ظن القائمين بأمر هذه الموسوعة أن كل ما صدر عنها إلى الآن يعتبر مسودة أولية . . ولكل باحث أن يطلع عليها للإفادة وللتعقيب ما أمكن ذلك — ولقد سبق له أن وصفت هذه الفقرة من البحث الحاضر .. بأنها « قراءات » قد يكون لهاما بعدها وفى المجمع الكريم الذى يلتئم فى الرياض ، فى ذى العقدة ١٣٩٦ هـ إن شاء الله من يقدر الجهد الذى بذلته الموسوعة ؛ ومن ثم كان تيسير الاطلاع (لمن لم تصله المسودة الكاملة) عملا لابأس به . . وأما دورى فى هذا الخصوص فلا يزال فى أوله لأننى أتابع حاليا إنزال العمليات المصرفية التى تقوم على « الحوالة » فى موضعها الصحيح من الإطار الحاكم لحوالة الحقوق والالتزامات .. من خلال النشاط المصرفى ثم من خلال المعاملات التجارية التى قـــد لاتمر بالمصارف .. والله المستعان ..

خاتمـــة

فيما تقـدم مقدمة عامة .. وتلخيص لأهم ماجئنا به فى الفقرات التى بين يدى القارىء الكريم .. وقد زدنا عليها ملحوظات سريعة تناولت أمورا لم ترد فى البحث الأصلى ..

وذلك لأسباب ذكرناها من قبل . على أن صدر كل فقرة قد ينطق بكلمات معدودات لهـــا وزنها ودلالتها ، وإن كانت لاتغنى عن النظر فى البحث كله .. وبالله التوفيق .

المؤلف

المبحث الاول

أشكال المشروعات

القول فى أشكال المشروعات يجىء عرضا .. إذ البحث أصلا فى العقود .. ووجه الضرورة هنا .. أن العقد رابطة وميثاق بين طرفين أو أكثر .. ومن الأطراف ما يكون « شخصا طبيعيا » ومنهم ما يكون « شخصية معنوية أو اعتبارية » كالجمعية والشركة والمؤسسة .. ومن ثم كان لزاما أن نلقى بعض الضوء على الرداء الذى تتخذه المشروعات بوجه عام .. والحديث منها بوجه خاص :

من المتفق عليه أن الشخصية الاعتبارية (سالفة الذكر) لم تجد سندا من التراث الإسلامى .. ومع ذلك تفيض مؤلفات العرب والمسلمين بما يفيد اعتمادها ، فهى إذن أمر واقع .

ومع انتشار الفكر المناهض للرأسمالية التقليدية .. ظهرت أشكال ترتديها المشروعات المؤممة .. أى التى نزعت ملكيتها من أصحابها وألقى بها فى خضم النشاط الاقتصادى .. وفيه صراع متزايد .

وقيل بأن الحديث من أشكال المشروعات يحقق أمرين : أحدهما الإبقاء على الحافز الشخصى بحكم الولاء العام للمجتمع . . والأمر الثانى تخليص المشروعات من الروتين الحكومى كما هى الحال فى المصالح . وجاء بعض التجارب العملية وكانت النتائج : ضياع الحوافز وبقاء الروتين .

أما أقدم الأشكال.. فهو محل الفرد وحده فى متجره أو حقله أو ورشته .. وكان طبيعيا أن يتعاون الفرد مع أسرته . . ثم كان تظالم العباد وتسخير الضعفاء . . ومن ثم كان ظهور الرقيق فى خدمة صاحب المشروع . . ثم استيقظ الرقيق ورقت حال السادة فظهرت إجارة الأشخاص . . وعن هذا العقد بدأ عقد الشركة . . واستمرت

الحال إلى أواخر القرن الثامن عشر حين زعم البعض بأن حرية النشاط الاقتصادى كبيرة الخطر عـــلى المجتمعات .. ومن ثم تنادت المدارس الاقتصادية بمبدأ « التدخل » .

كان ذلك لعهد المدرسة التاريخية وماتلاها . . إلى يومنا هـذا . . ثم وفدت الوافدة إلى بلاد المسلمين مع أواسط القرن العشرين . . ولا تزال الرياح الفكرية عاتية .

هذه الدراسات إذن لاتزال حديثة أو معاصرة ، ولمـا تستقر . . ولقد كان الاتجاه إلى الأخذ بهذا الأسلوب الاقتصادى على نطاق واسع قـد وضعت براجمه فى شتاء عام ١٩٤٤ أثناء الحرب العالمية الثانية . . إلا أن الأسس الفكرية وأمثلة كثيرة من التطبيقات . . ترجع من حيث بدايتها كفكر ورأى . . إلى أوائل القرن التاسع عشر ، حين نشأ الاتجاه نحو التأميم فى فرنسا كامتداد لرأى قانونى أكثر من التأميم شمولا . . وقد تبلور هـــذا الرأى القانونى فيما يعرف « بنظرية المؤسسات العامة » التى تقول بأنه من حسن السياسة أن تعهد الدولة بإدارة مصالحهـا الفنية إلى هيئات مميزة عن المصالح التقليدية ضمانا لاستغلالها على أحسن صورة ممكنة . . وكان لزاما أن يعمل رجال الفكر الاقتصادى وزملاؤهم من رجال القانون والادارة .. على إيجاد صور وأشكال مستحدثة للمشروعات وللمنشئات التى تقوم عـلى تحقيق هذا الغرض وهذا هو الأصل فى ظهور الجديد من المصطلحات والرموز التى تداولتها الأوساط العلمية ودوائر الأعمال فى نطاق محـدود خـلال القرن التاسع عشر ، ثم توسع الباحثون وأسرف الداعون إلى الأخذ بهذا الجديد المستحدث فى ميادين التطبيق العملى . . حتى أصبح أمر المؤسسات العامة والهيئات العامة والشركات العامة والقطاع العام . . من أكثر القضايا التى تشغل الحاكم والمحكوم جميعا ، ووفدت هذه العبارات وما ترمز له أو تدل عليه . . إلى المشرق العربى . . فى أعقاب الحـــرب العالمية الثانية . . فأخذ بها البعض وأنكرها بعض آخر . . ومن ثم كان بحثها جديرا بمزيد من البيان .. ذلك أنه :

أشكال المشروعات العامة والمشروعات المؤممة

Types and Forms of Public-ownership and Nationalized Enterprises

لم يكن التأميم عملا مفاجئا حين ظهر فى فرنسا ثم فى إنجلترا . . وإنما كان التأميم إجراء إداريا يأخذ شكل القرار الصادر من السلطة العامة ؛ وكانت له دوافعه والبيئة الفكرية التى أحاطت به . . ثم إن صدوره عن الجهة الحاكمة أو الهيئة التى تملك السلطان واتخاذه شكل القرار الإدارى مع استهدافه إحداث آثار اقتصادية معينة ، جعله يتردد بين المصطلحات القانونية والمصطلحات الاقتصادية . . ولكنه وجد فرص التطبيق العملى ، ولا يزال ، وله آثار فى واقع الحياة العملية . . وله مشكلات تدور حول نوع الأداة أو المنشأة التى تتولى أمر التصرف الاقتصادى (بدلا من الفرد) وهل تكون هذه الأداة ذات صبغة حكومية خالصة ، كالمصلحة ، أم تتميز عنها كما تميزت عن منشآت الأفراد ، ثم كيف يتم تكوينها وربطها بسائر أجهزة النشاط الاقتصادى والسلطات العامة وجماعات المستهلكين ، وما هى الأسماء التى تدل بدقة على هذا المستحدث من المفردات فى دوائر الأعمال .

هذه أمور شغلت العالم كله . . منذ أن ظهر الاتجاه إلى التأميم (من أوائل القرن التاسع عشر) إلى وقتنا الحاضر . . ومن أهم ما يثير الخلاف : أشكال المشروعات أو الصور التى تتخذها وحدات الإنتاج (بأوسع المعانى التى ترمز لها هذه المفردة) ، لتكون ملائمة للتطور فى نظرة المجتمع إلى الملكية وللتردد بين النزعة الفردية والنزعة الجماعية والتغير الطارىء (مع التكرار) على علاقات الإنتاج . . أى على علاقة العامل بصاحب العمل والآلة والأداة والخامات . . سواء أكان فردا أم جماعة أم دولة ، وعلاقة المنشأة كلها بالمستهلكين وعلاقة الجيل الحاضر بالذى يليه ، وفى غمار هذه الهزات العنيفة فى الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ، كان لابد من استنباط الجديد من القوالب التى تصب فيها عناصر الإنتاج لتكون وحدة متكاملة ومعزولة عن العالم الخارجى ، يقال لها مشروع اقتصادى (كمصنع أو متجر) وكان لابد

من استنباط هيا كل جديدة للإدارة تنساب فيها السلطة بالتفويض ويتحدد الاختصاص وتتعين المسؤوليات على نحو يتفق وتراجع رأس المال عما كان له من هيمنة مطلقة أو تختفى هذه الهيمنة تماما وتحل محلها أساليب أخرى كمحاولة التعاون بين عناصر الإنتاج على قدم المساواة . . إن أمكن . . أو أساليب تخضع فيها هذه العناصر لسلطان الدولة . وفى ظل هذا القلق الفكرى المتصل جاء أصحاب الاجتهاد فى كل من فرنسا وانجلترا ، بمقترحات لقيت فرص التطبيق أو التجربة والتعثر والتعديل .. وعرف التاريخ الاقتصادى نماذج كثيرة منها المؤسسة والهيئة والشركة المختلطة والشركة العامة ، ومنها التوسع فى مدلول كلمة المرفق العام.. وفى بحثنا هذا نريد أن نقترب (بجرد اقتراب) من بعض هذه المستحدثات فى صور المشروعات وأشكالها . . إذ التوسع فى أمر كهذا يقوم على دراسة مطولة ولذلك سنعرض بإيجاز لنشأة هذه المفاهيم فى مجال الفكر ، ثم ظهورها فى ميادين التطبيق وأهم الأدوار التى مرت بها . . وذلك فيما يلى :

نشأت فكرة المؤسسة العامة مشوبة بقدر من الغموض ، لأن النظم الاقتصادية التى أوحت بها أثارت جدلا عقيما . . ومما زاد فى غموض هذا المفهوم أنه اتخذ أشكالا متعددة كما اتسع نطاق تطبيقه مع تقدم القرن التاسع عشر ، مما أدى إلى الخلط بين المؤسسات العامة وغيرها من المشروعات ذات النفع العام . . كما أنه فى ظل الأنظمة الاقتصادية المتباينة التى عرفها الفكر الاقتصادى خلال تقدم الثورة الصناعية أنشئت أشكال أخرى للمشروعات ، لتحقيق تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى الذى يستهدف الصالح العام ، أو لتحقيق تدخلها فى النشاط الذى يحمل طابع الاحتكار أو يتصل بسلامة الدولة وأمنها ، أو يؤثر فى رفاهة المجتمع . . وتعرف هـــذه المؤسسات بأنها مؤسسات اقتصادية عامة ذات صبغة تدخلية وسنكتفى بعرض خطوطها الخارجية دون التفريعات . . فنقول :

كان إنشاء هذا النوع من المؤسسات فى أوائل القرن التاسع عشر بقصد تأدية بعض الوظائف المعروفة للدولة آنئذ فى ظل المذهب الحر ، بمعنى أن يقتصر تدخل الدولة على تحقيق وظائفها التقليدية . . وإن كان الجدل الذى مهدت له المدرسة

التاريخية ، قد جعل التدخل الأشمل . . مفهوما يخالط الفكر — عندئذ — دون الفعل .. بمعنى أنه شغل الدارسين والدعاة ولم يجد فرصة للتطبيق .

وفى أواسط القرن التاسع عشر ظهرت صورة مبكرة من خروج هذا النموذج الثمانى المعين إلى عالم الحقيقة ، ولعل أول صورة عملية هامة لتدخل الدولة فى بعض النشاط الاقتصادى ترجع إلى عام ١٨٤٢ ، حين نظمت الحكومة الفرنسية خدمة النقل بالسكك الحديدية بقانون ومنحت الدولة التزام المرفق لبعض الشركات المساهمة .

وفى خلال النصف الثانى من القرن التاسع عشر كانت أهم المشكلات المترتبة على التدخل راجعة إلى مرفق النقل بالسكك الحديدية حال التوسع فى مد الخطوط . . فقدمت الدولة تباعا الجانب الأكبر من المصروفات الرأسمالية ، أى من تكلفة التوسع فى شبكة الخطوط الحديدية ، كما دأبت الشركات الملتزمة على المطالبة بسد العجز فى نفقات الصيانة والتشغيل ، وأجيبت إلى مطالبها كلها أو بعضها باتفاقات ألحقت بعقود الالتزام ، مما أدى إلى جدل شديد عرف بأزمة عقود الالتزام ، وقد أدى فى آخر الأمر إلى شراء الدولة لمجموعة خطوط الأقاليم الغربية عام ١٩٠٨ .

وفى عام ١٩١٨ أعادت الدولة تنظيم خدمة النقل . . بأن أنشأت لجنة إدارية لضمان التعاون فيما بين الإدارات المسؤولة عن خطوط شتى الأقاليم ، وعززت هذا التنظيم بتكوين مجلس أعلى للسكك الحديدية يشرف على تشغيل المرفق ولضمان مواجهة التكاليف المالية على نحو يكفل التعاون بين الجهات المعينة أنشأت الدولة لهذا الغرض ، صندوقا موحدا فيما بين الخطوط .

إلا أنه على الرغم من كل هذه الجهود استمر العبء الواقع على الخزانة العامة فى اتجاهه الصعودى حتى أعادت الحكومة الفرنسية النظر فى مدى التدخل وأسلوبه فرخصت عام ١٩٣٧ بإنشاء الشركة الأهلية للسكك الحديدية الفرنسية .

وجاء هذا الإجراء على مقتضى صورة أخرى من الصور المستحدثة لتدخل

الدولة فى الاقتصاد وتعرف بالاقتصاد المختلط الذى تعددت حالات تطبيقه فى أوربا بعد حرب ١٩١٤ — ١٩١٨ ، وفيه تأميم جزئى أو شبه تأميم .

كذلك مرت صناعة الطاقة الكهربائية بأدوار شبيهة بما تقدم ذكره عن النقل بالسكك الحديدية .

وقد ظهرت الحاجة إلى التدخل من الدولة فى هذا النشاط بمناسبة إقامة منشآت كهربائية على الطرق الإقليمية المارة خارج المدن . . إلى أن كان عام ١٩٣٥ حين شمل تدخل الحكومة الفرنسية جميع المشروعات التى تعتمد على الفحم فى توليد الطاقة الكهربائية واستكملت الدولة سيطرتها على إنتاج هذه الطاقة .

كما صدر فى عام ١٩٣٦ قانون بتأميم المشروعات الخاصة التى كانت تنتج السلاح والذخيرة والطائرات وغيرها من معدات الحرب أو كانت تتجر فيها أو تحقق الربح عن طريقها .

هذه أمثلة من التجارب التى مرت بها فرنسا خلال القرن التاسع عشر وأوائل العشرين إلى أن قامت الحرب العالمية الثانية . . وقد رأينا من تتابع الأحداث أن التغيرات التى طرأت على وحدات الإنتاج وأهمية الخدمة التى يؤديها بعض هذه الوحدات قد دعا إلى التفكير فى التدخل ثم البحث عن الصورة التى سيكون عليها هذا التدخل .

ولئن كانت موجة التأميم قد استمرت وتجددت بعد الحرب الثانية إلا أن هذه الأصول التى صاحبت تقدم الثورة الصناعية هى التى أرست بعض القواعد واستحدثت ما عرفناه من صور المنشآت والمشروعات التى خرجت من الملك الخاص خروجا تاما أو جزئيا . . ومن ثم وصفت بأنها عامة .

وقد سارت إنجلترا خلال الفترة الزمنية ذاتها على وجه التقريب فى الطريق ذاته

مما يجعل الموازنة بين أحداث الدولتين مفيدا (١) .

ولكن بلادنا العربية جديرة بكلمة موجزة .. بالقدر الذى لايخرج بالبحث عن منهجه الاصلى .. فنحن نبحث فى « بعض العقود » وإنما يجىء البحث فى أطراف العقود عرضا .

ولقد أخذت بعض البلاد فى المشرق العربى بما كان فى فرنسا وفى إنجلترا طوال القرن التاسع عشر وإن كان البلدان المذكوران قد عدلا عن كثير مما صوره الخيال .. ولكننا أبينا إلا أن نشرب الكأس حتى الثمالة — ولقد فعلنا .. وفى أجهزة الإعلام ومراكز البحث العلمى والجامعات كما فى الدوائر الرسمية دراسات وآمال وأحلام من أجل الرجوع عن القطاع العام والشركة العامة والمؤسسة العامة .. ولكن كيف ؟ إن البناء الاقتصادى إذا اتخذ شكلا معينا فإن تعديله غير يسير..ومع ذلك لاتزال الجهود مبذولة فى جو من القلق الفكرى المتزايد .

* * *

ويرحم الله ابن خلدون فقد قال فى مقدمته من ص ٢٦٦ إلى ص ٢٦٨ طبعة القاهرة سنة ١٣٢٠ مايلى بالنص : فصل فى أن التجارة من السلطان مضرة بالرعايا مفسدة للجباية .. وهــذا هو عنوان الفصل .. أما مادته فوجزة ودقيقة الإبانة عن رأى سبق به ابن خلدون وثبتت صحته زهاء ستة قرون .. ونرى أن هــذا القول الثابت لاتنال منه مهارات القرنين الأخيرين ولكن الأمة الإسلامية مجبرة على مواجهة التيارات الفكرية العاصفة ولهــا من الدين وعلمائه .. الركن الركين .

---

(١) تعتبر فرنسا هى الرائدة فى استحداث الأشكال الجديدة للمشروعات .. ولذلك اكتفينا بالقدر المناسب من تاريخ هذه الهيئات والمؤسسات فى فرنسا ولمزيد من دراسة الموضوع يمكن الرجوع إلى كتابنا « الاقتصاد الإسلامى » مدخل ومنهاج من ص ١٩٨ — ٢٠٠ الطبعة الأولى بالقاهرة عام ١٣٩٤ هـ — ١٩٧٤ م

الشركة

شركات المساهمة هى أهم شكل تتخذه المشروعات . . وتاريخها يرجع إلى خمسمائة عام .. وليس لها ذكر فى مراجع الفقه الإسلامى لأنها نشأت فى مدينة البندقية بإيطاليا . . فى عهد كانت فيه الأمة الإسلامية تعيش فى داخل إطار من تراثها وتقاليدها ونظمها . . وكان الإطار كافيا للإحاطة بحجم النشاط .. ثم بدأ الزحف من جانب المصالح الأجنبية على دار الإسلام مع القرن التاسع عشر وتزايد بسرعة كبيرة .. حتى تشابكت المصالح وغلبت النظم التى عرفتها البلاد الغنية على النظم الأصيلة فى بلاد المسلمين . .

وشركة المساهمة ، فى واقع أمرها ، هى « لاشركة » بل منظمة مالية ومن أخطارها أنها مهدت فى أواخر القرن التاسع عشر لظهور « التنظيم الاحتكارى » الأفقى والرأسى ، كما ظهرت صور وأشكال جبارة .. منها « الكارتل » و « الترست » و « شركات المجموعة » والشركة الأم والشركات الوليدة ، وتنبه بعض الحكومات لخطورة الاحتكار فتدخل باصدار القوانين المنظمة والمانعة ، ولكن خبراء التنظيم والإدارة تلمسوا المخارج فى صور أخرى منها « التكامل » .

القول إذن بوجود « شركة المساهمة » هو خطأ مشهور أو مستقر .. ويبدو أنه لافكاك منه .. أما العناية بدراسته وإصدار التشريعات الحاكمة له فى البلاد العربية فهى عناية قليلة وبطيئة .. وفى الغرب عناية فائقة .. ومن ذلك وجود موسوعات متخصصة للشركات .. وللمساهمة منها النصيب الأوفى .. نذكر منها « موسوعة جوريس كلاسير » JURIS CLASSEAUR – Sociétés وهى كغيرها من الموسوعات تتابع مايصدر من تعديلات .. وتبعث للمشتركين بكراسات جديدة . تحل محل النصوص الملغاه أو المعدلة .. وهذه وتلك تحفظ جانبا للرجوع إليها حالة النظر فى حق التزام نشأ فى ظلها .

ولقدعنى صاحب هذا البحث بدراسة الشركات وتدريسها بالجامعة ، زمناً ، وأصدر مجلدا واحدا يقع فى ألف صفحة ويتضمن الأعمال التشريعية الحاكمة لشركات الأموال فى مائة عام (١٨٥٨ — ١٩٥٨) والله الموفق إلى المتابعة ومنه العون وكل شيء عنده بمقدار .

الشركة

الجوهر والشكل

المشروع — فى إدارة الأعمال — هومفهوم اصطلاحى يرمز الوحدة الإنتاجية القائمة على إيجاد سلعة أو تأدية خدمة تستهدف إشباع بعض حاجات الناس .

ومن ثم نلاحظ أن المقصود بالمشروع ، فيما نحن بصدده ، هو الوجود المادى لمنشأة ناشطة فى دوائر الأعمال .

وأما الشركة فهى الشكل القانونى الذى تتخذه بعض المشروعات — أو هى الرداء الذى تظهر به مدخرات جماعة من الناس ، تهدف إلى توظيف أموالها فيما يعود بالنفع على المجتمع كما تهدف إلى تحقيق مصلحتها الخاصة ، وتتخذ هذه المصلحة صورة متعارفا عليها ، تسمى الربح ، وما الربح إلا زيادة فى المال الموظف أو هو خطوة فى سبيل الإثراء عن طريق تنمية المدخرات .

نشأة الشركات

والشركة تفريع على الملكية الشائعة ، وقد أبان القانون الرومانى عن التطور التاريخى من بعض حالات الشيوع إلى عقد الشركة ، وعرف الرومان أنواعا من عقود الشركات ، يدخل بعضها فيما نسميه الآن « بشركة الأموال » ومع ذلك يمكن الرجوع بنشأة الشركة إلى تاريخ أسبق ، حين نلاحظ أن الفرد — فى أوائل عهده بما يشبه الحضارة المادية — كان يستقل ببذل المجهود ، ثم يقايض بما يفيض عن حاجته .

وكان القوى يتحكم فى الضعيف ويسخره ، وكان الضعيف يستسلم ويرضخ خوفا

من بطش القوى ، وهكذا نشأت خصال مرذولة ، منها تأليه الاقوياء وعبادة بعضهم ، كما نشأت طبقات السادة وقطعان العبيد .

وظلت آلهة البشر سادرة فى غيها حتى أترفت ودب فيها الفساد جيلا بعد جيل ومن ثم تسرب إليها بعض الوهن ، وأرادت أن تعدل من صورة الرق فى بعض المجالات .. فكانت نشأة عقد إيجار الأشخاص .

واستشعر الأجير بقدر من الآدمية ، وعكف على مقدرته ليزيد من مداها كما عكف على مدخراته يزيدها نماء ، على حين أن السادة من أصحاب العبيد ومن أرباب الأعمال ظلوا فى غيهم يعمهون ، حتى نشأت طبقات مستضعفة من السادة ، وطبقات قوية من الأجراء . فكان مولد عقد التعايش Go-opain أوكان مولد عقد الشركة . وقد تطور بعد ذلك على نحو هذبته الشرائع السماوية ثم تعرضت القوانين الوضعية لتفصيلات أنظمته وأحكامه .

أنواع الشركات

وتنقسم الشركات من حيث اختلاف النظر إليها ، إلى شركات مدنية وشركات تجارية — وشركات أشخاص ، وشركات أموال — وشركات عامة ، وشركات خاصة ..وحين اشتد ساعد الرأسمالية بمعناها المستقر فى مذهب الغرب، ظهرت أشكال من الشركات لاتنتمى إلى أقسام مميزة عما عداها .. ولكنها تصف حالات خاصة تتفق مع ظرف راهن . أو تستهدف إحداث أثر اقتصادى معلوم . ومن ثم ظهرت فروع فى داخل بعض أقسام الشركات (وعلى الأخص فى النطاق الجامع للشركات العامة والشركات الأموال) . ومن هذه الأنواع الخاصة : الشركة القابضة والشركة التابعة — والشركة الأم — والشركة الوليدة — وشركات المجموعة — والشركات الشقيقة . . الخ

وبانتشار المذهب الاشتراكى (بأصوله وفروعه) فى أواخر القرن التاسع عشر وفيما انقضى من القرن العشرين عرفنا مايسمى بالاقتصاد الموجه ، ثم الاقتصاد

المسير . وفى هذا الأخير يزداد تدخل الدولة فى نشاط المشروعات وتشتد قبضتها على وحدات الإنتاج الكبرى وعندئذ تظهر منظمات مستحدثة .. مثل المؤسسة الاقتصادية التى جئنا بأحكامها فى الوضع المناسب .

قلنا بأن الفرد تدرج فى دهور طويلة من النشاط المستقل لحسابه الخاص إلى توسيع دائرة نشاطه على حساب المستضعفين من العباد .. ثم استقر به المطاف آخر الأمر إلى إشراك إنسان مثله فى مادة نشاطه وفى اقتسام النتائج .

وحتى نميز (شركات الأموال) عن غيرها بوضوح لأهميتها يتعين التنبيه إلى أن نشاط الفرد — صاحب الفكرة — إما أن يبقى فى دائرته الضيقة (أى.. معارفه وأقاربه) يتأتى فى اختيار الشريك ويكون لشخصيته أثر كبير أو أثر حاسم فى قيام الشركة وعندئذ تكون الشركة المنشأة فى الدائرة الضيقة من شركات الأشخاص. هذه واحدة . والأخرى أن تضيق الدائرة الصغرى عن إمداد صاحب الفكرة بجهود وبأموال كافية لتحقيق غرضه ، وهو إقامة مشروع تجارى أو صناعى ، وعندئذ يخرج الفرد إلى دائرة أكثر اتساعا . وقد تشمل هذه الدائرة الكبرى بلدا كاملا أو قطرا كما يجوز أن تنتظم الدائرة الكبرى أسواق المال شرقا وغربا وعندئذ لا يبقى مجال للنظر فى شخصية الشريك .. بل تنحصر العلاقة التى تربط بعض الشركاء ببعضهم الآخر فى أن كلا منهم يقدم قدرا من مدخراته لكى يتجمع من السهام التى تقدم بها الشركاء (كل منهم فى دوره وعلى قدر طاقته) رأسمال كبير يصلح لتحقيق المشروع الذى ضاقت به الدائرة الصغرى .

إذن لشركات الأموال خاصية هامة تميزها عن غيرها من الشركات .. وهى إسقاط الاعتبار الشخصى أو على الأقل تأخيره إن كان ولا بد من إدخاله فى الحساب ولعل تقسيم الأشكال القانونية التى تتخذها المشروعات المملوكة لأكثر من فرد واحد إلى شركات أشخاص وشركات أموال يعتبر من أكثر التقسيمات العلمية انطباقا على المنطق السليم لما تقدم من أسباب . وكل ذلك من حيث تركيز الاهتمام على الشخصية أحيانا ، وعلى المال أحيانا أخرى . وإن كانت التسمية معيبة من ناحية نعرض لها بإيجاز فى الفقرة التالية .

• • •

الشركة عقد

الشركة أصلا عقد رضائى ينعقد بالإيجاب والقبول . ولا يتوقف على تسليم الحصة أو استيفاء إجراءات فرضها القانون . . فقد يقصر الشركاء فى الوفاء بما التزموا به . كما قد يتراخون فى اتخاذ الإجراءات . ومع ذلك تقوم بينهم شركة الواقع .

ولكن هل شركات الأموال — بجميع أنواعها — من العقود ؟ إن أهم أنواع شركات الأموال معروف بشركة المساهمة . وهذه بالذات تمر بدور الإنشاء حتى يصدر الترخيص بوجودها . وفى هذا الدور تتوافر أركان العقد فيما بين المؤسسين .

ولكن حين يؤتى التكوين أثره ، وتوجد الشخصية الاعتبارية ، وتصدر الجمعية التأسيسية قرارها بإخلاء طرف المؤسسين عن فترة الإنشاء والتكوين وتنتهى مقاليد الأمور فى المشروع التجارى أو الصناعى لأجهزته المنشأة بحكم القانون (وهى مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين) هل تبقى العلاقة التعاقدية بين أعضاء الشركة قائمة ؟

المشاهد أن حامل السهم يستطيع أن يعرضه فى بورصة الأوراق بقرار فردى صادر عن إرادته المستقلة .. وبهذا يخرج من نطاق (العقد) ويدخل غيره وهو مشترى السهم . فهل — مع هذا — يصح اعتبار شركة الأموال المعروفة بالمساهمة عقدا رضائيا قائما فيما بين الشركاء ، وهم المساهمون ؟.

ومادامت الشركة أصلا من عقود المعاوضة الملزمة لأطراف التعاقد ، فهل يصح القول بأن أسلوب المساهمة عند إنشاء الشركات هو نوع من أنواع الشركة بمعناها المصطلح عليه .

وللإجابة عن هذا التساؤل تجدر الإشارة إلى أن المساهمة من أول حياتها

لاتستوفى شرائط عقد الشركة ، فضلا عن غياب هذه الشرائط بعد مولد الشخصية الاعتبارية — ذلك أن المؤسسين يتعاقدون فيما بينهم بموجب وثائق نصت عليها جميع القوانين المنظمة للشركات ، ولكن العلاقة القائمة بين المؤسسين لاتعتبر مشاركة بالمعنى المستقر لهذا المصطلح ، بل هى جمعية ذات غرض وارد بالنص فى وثائق إنشاء المشروع — وهذا الغرض هو الحصول على الترخيص فى صورة مرسوم ، أو فى صورة أخرى هى إجازة جهات الاختصاص لقيام المشروع وتسجيله ، كما يحدث عند إنشاء (الشركة) بمحرر رسمى .

وقد قلنا بأن التعاقد بين المساهمين ، بعد استيفاء الاجراءات غير قائم على النحو المستفاد من عقود الشركات ، ومن ثم تعين القول بأن الرأى القائل بأن المساهمة هى نظام مالى ، وأن المشروع الذى يتخذ هذا الشكل يعتبر منظمة لاشركة ، هو قول أقرب إلى الصواب ، وأن الخطأ الشائع فى كل القوانين أن تصف النوع الرئيسى من منظمات الأموال بأنه شركة مساهمة . .

وقد تابعنا المشهور من القول — وعرضنا لشركة المساهمة بوصفها المشهور لأن القانون أطلق عليها هذا المصطلح .. وإنما نريد بما تقدم من اعتراض مجرد التنبيه إلى أن المنظمات والمؤسسات والشركات والمنشآت ، وغيرها من المفهومات الاصطلاحية التى تصف أشكال المشروعات ، لايزال بعضها يطغى على بعضها الآخر .. ومن المصلحة تصفية اللغة من هذه الشوائب .

* * *

اتجاه محمود

ويدعونا هذا الاستطراد إلى الإشارة لما صدر أخيراً فى مصر من أثر قيم لمجمع اللغة العربية فقد فرغت هذه الهيئة الموقرة من دراسة طائفة حسنة من المصطلحات فى بعض فروع المعرفة ، وبالنظر فى أثر هذا الجهد . . أفدنا كثيرا عند إعداد هذا البحث — ونلاحظ أن بعض هذه المصطلحات المعتمدة من المجمع قد أقر المعانى

الراسخة عند المشتغلين بدراسات وثيقه الصلة بالمفردات المذاعة .

ولكن بعضها الآخر يستوقف النظر ، ويؤكد المعنى الذى أوردناه فى الفقرة السابقة ومن ذلك على سبيل المثال :

مصطلحات الاقتصاد السياسى (ص ٩٧ من مجموعة ديسمبر سنة ١٩٥٧) — لفظة سهم ، وقد جاءت مرادفة لثلاث هى : action و share و stock ويستفاد من إيراد المصطلحات والإيضاح على النحو الثابت فى المجموعة ، أن هذه المفردات الأعجمية الثلاث مترادفة ومقابلة للمفردة العربية ، والحال غير ذلك لأن لفظة Stock الإنجليزية لاتفيد المعنى المنسوب إليها ، كما أن القول بأن لفظة Share تفيد الجزء من رأس المال فى شركة المساهمة يحمل على الظن بأن القانون الانجليزى الذى يعترف بورقة مالية تسمى Stock يعترف بشركة المساهمة Anonyme والحال غير ذلك . . لأن الشركة المجهولة الأشخاص أو التى تغفل عمدا ذكر أشخاصها فى عنوانها ، هى تنظيم فرنسى ، أما الشركة الإنجليزية التى تشبهها فهى شركة عامة Public Company .

حقا إن بين النوعين وجوه شبه ، ولكن كل منهما قائم بذاته .

أما الورقة المالية المسماة Stock فإنها تختلف عن ورقة أخرى تسمى Share وكل منهما مستقر فى التشريع الإنجليزى ، وله أحكامه الخاصة به ، ويمكن اعتبار الورقة الثانية Share سهما ، أما الأولى Stock فلابد لها من مفردة عربية مستقلة ترمز لها ، والا اختلطت الأحكام بسبب إسقاط الفوارق القانونية الفاصلة بين الورقتين ، بمجرد إطلاق مفردة عربية واحدة على كل منهما .

ثم هذا الاقتصاد السياسى الذى أجمع العلماء على أنه أثر عفى عليه الزمن ماشأنه اليوم حتى نبعثه من جديد ؟ إن جامعات الغرب تعرف الاقتصاد الآن وهو مناظر للعلم المعروف فى الانجليزية بلفظة Economics ولم يبق فى مراجع الربع الثانى

من القرن العشرين من يذكر الاقتصاد السياسى إلا فى معرض التاريخ فما حكمة الرجوع إلى مصطلح تقرر اطراحه ؟

وحين ندرس الاقتصاد فى أدواره من عهد فلاسفة الإغريق إلى أن نشط فى القرنين التاسع عشر والعشرين، نخرج بنتيجة هامة ، وهى أن المصطلحات الأعجمية تعثرت وترددت طويلا حتى استقرت فى الربع الثانى من القرن العشرين على تسمية مبتورة هى الاقتصاد بعد حذف الصفة التاريخية التى لم تكن موفقة وهى السياسى.. ومع ذلك عندنا فى لغة العرب لفظة واحدة ثابتة .. هى الأموال .. نجدها فى كتب الأصول وفى مراجع الفقه ، وهى الرمز الصحيح لجملة الدراسات الفنية بالثروة وتنميتها وقسمتها ومايتفرع على هذا كله من مشكلات ومذاهب دائمة التطور . وعندنا أن الأموال لفظة موفقة ، لأنها تجمع بين الدقة وبين الثبات ، ونراها أصلح مايرمز للعلم المعروف الآن بالاقتصاد .

وكذلك استوقف نظرنا ماورد بشأن الاستهلاك ، وما يقابله بالفرنسية وبالإنجليزية وماجاء به المجمع تعريفا للاستهلاك المالى . ذلك أن لفظة الاستهلاك حديثة العهد وهى من ألفاظ القرن العشرين . وفى موسوعات اللغات الأجنبية تحديد حسن لاستعمالات هذا المصطلح . فلا هى بمقصورة على الاستهلاك المالى . ولا الاستهلاك المالى بمقصور على إعادة قيم الأسهم والسندات لأربابها على نحو ماتقول به مجموعة المجمع اللغوى . كما أن مفردات أخرى جديرة بالعرض مع لفظة الاستهلاك .. ومنها النفاد والاستنفاد **depletion** قد سقطت من الحساب عند التعرض للاستهلاك .

وقد ثبتت شركات الأموال وأهمها شركات المساهمة فى ظل جميع المذاهب الاقتصادية . أو على الأقل اتسعت هذه التنظيمات للنشاط الاقتصادى فى كل عهد يؤمن بالديمقراطية المسرفة أو بالفاشية المتطرفة ، أو بغيرهما من أشكال الحكم .. التى لا يمكن لها أن تغفل النظم الاقتصادية فى مجتمع تتحمل مسئولية الأمن فيه وتضطلع بتحقيق أكبر قدر ممكن من العدالة بالأسلوب الذى تطمئن إليه. ومن ثم يكون الترابط بين أسلوب الحكم وبين مذهب اقتصادى معين من الظواهر الاجتماعية المسلمة.. وأحداث

التاريخ المعاصر تؤيد قولنا هذا . . فالاتحاد السوفيتي أقر التشريع القيصرى لشركة المساهمة وهى أهم أنواع شركات الأموال ، وفى إيطاليا الفاشية لم يغير الدوتشى أسس النظام الرأسمالى لهذا النوع من الشركات ، وفى ألمانيا النازية — لعهد هتلر — صدر قانون شركات المساهمة فى يناير سنة ١٩٣٧ ، ولم يخرج فى جملة أحكامه عما هو مستقر فى ظل الأنظمة السائدة فى بلاد أخرى ، بعضها يصف أسلوبه فى الحكم ، كما يصف الدول التى تدور فى فلكه بأنها تؤلف العالم الحر والآخر يؤمن بحكم الفرد ، وثالث يقول : بأنه يناهض الرأسمالية وينكر ملكية الفرد للمشروعات الإنتاجية ومع ذلك ، تلاقى المسئولون عن هذه الأنظمة على أمر واحد وهو الاعتراف بضرورة التنظيم السليم لتثمير المدخرات،وتنسيق الأجهزة الإدارية فى مستوياتها المعروفة حال التزامها بالمسئوليات عن الوحدات الإنتاجية أو ما يعرف بالمشروعات المتخذة صورا شتى من الشركات .

* * *

وإذا كانت لشركات الأموال كل هذه القيمة فى مجال النشاط الاقتصادى وهو عصب الحياة وعلة الحضارة المادية ، فانه يتعين علينا أن نتساءل عما إذا كان فى مصر أو فى البلاد العربية . . إلى الآن . . قانون للشركات فنقول وبالله التوفيق .

* * *

هـذه القوانين

قبل الكلام عن قوانين الشركات — وهى قليلة فى البلاد العربية — تجدر الإشارة إلى الخصيصة المميزة للقوانين المالية والتجارية، فهى بطبيعتها لا تستقر ، بل تتحول دائما . . ولا ينصرف هذا القول إلى التفصيلات أو الفروع دون القضايا الكلية والأصول ، بل هو قول شامل . . ذلك أنها تستهدف — فى الأغلب الأعم — فرض نظام مالى أو مذهب اقتصادى حتى إذا ما تحولت عنه الدولة

عادت تجيز ما كان محظورا ، أو تمنع ما كان سائغاً ، فاستيراد الذهب وتصديره مباح فى ظل نظام معين أو ظروف تجرى بالرخاء — فإذا به يدخل فى عداد الجرائم بموجب نص تشريعى ، والأرض كانت عندنا ملكا للدولة فى أوائل القرن التاسع عشر ، ثم نظمت الملكية الخاصة وأصبحت من الحرمات التى لا ترقى إليها الظنون ، فلما جاء الاصلاح بالتحديد إذا بالبعض يتساءل كيف ولماذا ؟ وأين هى الحرية فى التصرفات وفى الأخذ والعطاء ، وكأن هذا البعض يرى أن الحرية حق مطلق من كل قيد تنظيمى .

ولقد كانت ملكية المشروعات الإنتاجية جائزة للأفراد وللجماعات بغير قيد فى كثير من البلاد المتقدمة ، فلما اتجه العمال فى بلد متحضر كانجلترا إلى تأميم بعض الصناعات الرئيسية والمرافق العامة بقوة التشريع ، كان هذا الاتجاه فى نظر المحافظين هدما للاقتصاد وتقويضا لدعائم العمران . . وهكذا تختلف وجهات النظر فى تقدير القيم الصحيحة للتشريعات التى تستهدف إحداث تغيير معين فى الأوضاع الاقتصادية .

أما فى الشركات فقد رأينا أن عضوية مجالس الإدارة كانت مجالا غير محدود لإظهار النفوذ ولاستغلال السلطة ، بصرف النظر عن الكفاية الذاتية وعن مصلحة المشروع إلى حد أن البعض كان يجمع بين مجالس الإدارة فيما يزيد على طاقة الفرد قطعا ، فجاء المشرع فى سنة ١٩٤٧ بالقيد الأول على عدد مراكز العضوية فى مجالس إدارة الشركات المساهمة ، ثم جاء فى سنة ١٩٥٤ وما بعدها إلى سنة ١٩٥٧ بمزيد من القيود التنظيمية ، ومزيد من الحصانة لعضوية مجالس الإدارة فى الشركات واحتفظ للسلطة التنفيذية بحقها فى إعمال التقدير عند مواجهة الحالات الاستثنائية .

وبالموازنة بين هذا التطور فى أحكام الشركات ، وبين نظيره فيما عدا ذلك من القواعد التى تحكم الثروة والملكية ، نجد أن تطور التشريع فى إنشاء الشركات

التجارية وفى إدارتها على النحو الذى تأخذ به البلاد . هو تطور هادىء .. يستهدف إدخال النظام فى مجال كان خاليا من المعالم التى يسترشد بها أصحاب الحق من المدخرين ووكلاؤهم من المديرين. وكذلك الدولة بوصفها مسئولة عن حماية الضعيف والغائب عن مسرح النشاط ، ومن ثم كان عجبا إلى ماقبل صدور التشريعات الأخيرة فى مصر مثلا (٢٦ / ٥٤ وتعديلاته) أن تكون قبضة الحاكم غير ملموسة فى شئون الشركات ، ولهذا ينبغى للقارىء الراغب فى الوقوف على أحكام الشركات أن يتابع التعديلات لأنها ضرورية ومتجددة (١) وتقضى الحكمة بإدخالها فى سوق رأس المال تدريجيا ، ومع ذلك لاينبغى النظر إلى هذه القوانين الدائمة التغير على أنها ترقى إلى مرتبة التشريعات المستقرة ، لأن طبيعة القوانين المالية والتجارية تفرض عليها التطور لكى تتلاءم أحكامها مع التحول من نظام إلى آخر ، أو لكى تحدث الدولة بما تفرضه بها من قواعد جديدة ، أوضاعا تراها أقرب إلى المصلحة العامة .

ويتميز هذا العمل التشريعى المستحدث فى شئون الشركات ، بأنه تعرض لأول مرة لتعيين بعض المراكز القانونية التى كانت من قبل لاتجد سندا من الأعمال التشريعية .. مثل ذلك الرقابة فى الشركات الخاضعة للقانون ١٩٥٤/٢٦ .

وإنه لمما يستوقف النظر حقا أن يتعرض المشروع فى مصر مثلا لأول مرة لمركز المراقب فى شركة المساهمة ، بعد قرن كامل من تاريخ الوثيقة الأولى التى كانت حجر الزاوية فى قيام شركة قناة السويس المنقضية ، وهى أول مشروع اتخذ شكل الشركة المساهمة المصرية وقد أغفلت تشريعاتنا كل شىء عن الرقابة فى الشركات طوال هذه المدة المميزة بآثار النهضة الصناعية ، حتى صدر القانون ١٩٥٤/٢٦

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن بعض البلاد العربية — مثل الكويت — أصدرت قانونا للشركات التجارية ، أقرب إلى الكفاية من نظائره فى بلاد أخرى ، ومنها مصر التى كانت لزمن طويل . . رائدة فى هذا الميدان — ثم إن مصر أصدرت عام ١٩٧٤ القانون رقم ٤٣ بشأن (استثمار المال العربى والأجنبى والمناطق الحرة) .

مشتملا على نصوص تنظيم اختيار المراقب وإنهاء مأموريته . إلى آخر التفصيلات. الواردة فى المواد من ٥١ إلى ٥٤ فى الباب الأول الخاص بشركات المساهمة.. على أن المشرّع لم يؤخر هذه القواعد المنظمة للرقابة فى الشركات المساهمة . . وغيرها من شركات الأموال ، أكثر مما ينبغى .. لأن مهنة الرقابة لم يكن لها فى مصر كيان يستند لأى تشريع إلى ماقبل صدور القانون ١٩٥٤/٢٦ بثلاث سنوات ، حين نظمت مهنة المحاسبة والمراجعة بالقانون رقم ١٩٥١/١٣٣ ، ومن المعلوم أن ماصدر إلى الآن من القواعد التشريعية فى هذه الناحية الهامة من شئون الشركات على وجه الخصوص ، والمنشآت على وجه العموم ، يعتبر بمجرد خطوة فى الاتجاه الصحيح ، وإذا كان التشريع المصرى قد خلا من القواعد المنظمة لأعمال الرقابة ، فإنه من الطبيعى أن يخلو كل من الفقه وأحكام القضاء من تناول هذه الناحية بالتفسير ووضع المبادىء .. فضلا عن جلاء المسائل الثانوية التى تتفرع عن الأصول . أما شراح القانون فإن أحدا منهم لم يتعرض بالتفصيل للرقابة ، وبخاصة فى شركات المساهمة وأما أحكام القضاء فإنها خلت من مناقشة الموضوع .. فلا محل إذا للقول بما إذا كان القضاء قد قرر المبادىء، وربما يكون الحكم الفرد الذى تناول مركز المراقب فى شركة المساهمة ، هو الحكم الصادر من محكمة مصر الابتدائية للدائرة الثالثة التجارية بجلسة ٢٠ أبريـــل سنة ١٩٥٠ فى القضية رقم ١٩٥٠/١٣٢ تجارى كلى مصر .

ولهذا نرى الجدل يحتدم الآن فى الدوائر التشريعية والقضائية والعلمية حول ماهية الرقابة .. أهى وظيفة إدارية أم سلطة مؤسسة **pouvoir constitué** هدفها الاستيثاق أو التأكد دون التدخل فى الإدارة ، أم هى من قبيل التبعية الكاملة الأركان كعلاقة الأجير الخاص برب العمل ؟ أم هى من قبيل التبعية الناقصة كعلاقة الأجير المشترك برب العمل ؟ والأجير المشترك هو من يعرف الآن بصاحب المهنة غير التجارية الذى يضع خدمته تحت تصرف الجمهور دون تخصيص فرد أو جماعة .

ثارت هذه المشكلة عند تطبيق القانون رقم ١٣٨ /٤٧ الصادر فى ١٩٤٧/٧/٢٩ بمناسبة حظر بعض الأعمال على الموظف العام . . ويلاحظ أن الحكم الذى نناقشه الآن قد جاء فى أول القانون المذكور . إذ استفتح المشروع قواعده المستحدثة فى شئون الشركات بقوله فى المادة الأولى : لايجوز الجمع بين وظيفة من الوظائف التى يتناول صاحبها مرتبا وبين عضوية مجلس إدارة إحدى الشركات المساهمة ..الخ..الخ وهذا يدل مرة أخرى على الدافع الذى حرك هذا القانون حتى صدر . . وقد عرفنا أنه تنزيه الوظيفة العامة وتحصينها من استغلال النفوذ فى دوائر الأعمال .. ومن أهمها شركات الأموال . . وقيل فى هذه المناسبة (أى فى مناسبة تطبيق القانون رقم ٤٧/١٣٨) بأن الرقابة فى شركات المساهمة وظيفة واستطال الجـــدل بغير نتيجة (١).

وأخيراً جاء المشرِّع فى القانون رقم ١٩٥٤/٢٦ بترتيب معقول للقواعد التى يريد فرضها. فأخَّر هذا الحكم بالذات إلى باب الأحكام العامة ، ولم يساير تشريع سنة ١٩٤٧ الذى جعل لأحكام الحظر صدارة غير مألوفة فنصت المادة ٩٥ على القواعد ذاتها مع مزيد من القيود وتشديد فى الحظر.. ومرة ثالثة جاء القانون رقم ١٥٥ سنة ١٩٥٥ بنصوص أصرح فى المنع وأكثر شمولا للأعمال المحظورة بما أدخله من تعديل على المادة ٩٥ من القانون ٥٤/٢٦ . وفى سنة ١٩٥٦ صدر القانون ١٥٩ بتعديلات أخرى واردة عل البند الرابع من المادة ٩٥ أيضاً .

ومنطق المشرِّع سليم من غير شك .. لأنه يريد للوظيفة العامة ماينبغى لها من البعد عن شبهة استغلال النفوذ فى دوائر الأعمال .

---

(١) من الخبرة الطويلة فى الرقابة على شركات المساهمة (زهاء أربعين عاما) نقول إن تحديد عمل المراقب واختصاصاته ومسئولياته لاتزيد على مجرد (محاولة) فى البلاد العربية للآن..

ولكن بقيت قضية هامة بغير دراسة ، فضلا عن بقائها بغير حل ، وهى طبيعة الرقابة فى شركات الأموال، وهى لا تزال واحدة من المسائل المحظورة فى الدوائر المهتمة بالمزيد من البيان للقواعد المنظمة لإنشاء الشركات وإدارتها والرقابة على نشاطها .

ومن الأمثال التى قدمتها ، للتدليل على شدة الحاجة إلى العديد من القواعد المفصلة، يتضح أنه من دون التشريع الكامل للشركات شوط بعيد فكيف كانت الحال عند غيرنا ممن سبق إلى تنظيم المشروعات وكم من الزمن استنفدته جهود المشرعين لاستكمال النقص ولتقويم المعوج من أساليب جمع المدخرات وإنشاء المشروعات متخذة أشكال الشركات العامة على وجه الخصوص .

قلت بأن المسودة الأولى لأحكام شركات المساهمة فى مصر قد تأثرت إلى حد ما بالتشريع الإنجليزى ، وإن كانت قد استرشدت أيضاً بالقوانين الإيطالية والبلجيكية والفرنسية والجرمانية ، ثم بقيت مسحة ظاهرة من التشريع الأنجلوسكسونى على بعض المواد بصيغها الحاضرة ، فلننظر إذن إلى الأدوار التى مرت بها قوانين الشركات فى انجلترا حتى وصلت إلى ما هى عليه الآن ، لنعرف لرجال القانون عندنا فضلهم فيما انتهوا إليه تقنينه من القواعد فى بضع سنين ، وإن كان القدر المطلوب منهم لا يزال أضعافا .

* * *

قانون الشركات فى انجلترا

تعتبر سنة ١٨٦٢ نقطة تحول فى التشريع الإنجليزى للشركات ، وذلك بصدور قانون يبسط إجراءات تكوين الشركة ويجيز اشتمال عنوان نوع منها على عبارة «محدودة المسئولية » ، مع النص فى نظام الشركة على أن أعضاءها لا يسألون إلا بقدر ما يكتتبون به فكان لعلانية النص على المسئولية المحدودة وتوثيق السند المثبت لهذا التحديد فعل السحر فى سوق رأس المال وزاد نجاح المروجين فى إنشاء المشروعات متخذة بعض الأشكال القانونية للشركات وبخاصة ما كان منها مميزا بتحديد المسئولية (١) .

---

(١) هذه الوقائع ـ فى حد ذاتها ـ جديرة بتشجيع البلاد العربية أو حفزها إلى مزيد من الاهتمام بتفصيلات كثيرة فى شئون شركات الأموال، وأشهرها المساهمة.

* وبالموازنة بين قانون سنة ١٨٦٢ وقانون ١٨٤٤ فى انجلترا أيضاً ، يتضح أن المشرع الإنجليزى قد خلص الشركات من كثير من التعقيد فى الإجراءات وأمد أصحاب المدخرات بحصانة لأموالهم التى لم تساهم فى المشروعات ، فدفع النشاط الاقتصادى بقوة جعلت سنة ١٨٦٢ من التواريخ المميزة فى هذا الفرع الخاص من التشريع .

* وفيما بين سنة ١٨٦٢ وسنة ١٩٠٨ توالت القوانين المكملة والمعدلة حتى بلغت ثمانية عشر ، فاختلطت القواعد على أقدر المحامين والقضاة وصح العزم عند المشرع على توحيد هذه القوانين فى عمل تشريعى متكامل صدر فى سنة ١٩٠٨ كقانون موحد للشركات .

« The Companies Consolidation Acts 1908 »

وفيما بين سنة ١٩١٣ وسنة ١٩٢٨ صدر عدد آخر من القوانين للشركات فتوافرت الحاجة مرة أخرى إلى عمل موحد يحتل مكان القوانين العديدة التى تجمعت تباعا ، ومن ثم صدر قانون ١٩٢٩ للشركات .

وفى سنة ١٩٤٧ صدر قانون آخر عدل قانون سنة ١٩٢٩ فى كثير من أحكامه وقواعده ، ثم أخرج الشارع من جملة قوانين سنة ١٩٢٩ وقانون سنة ١٩٤٧ — عملا تشريعياً جديداً صار نافذاً من أول يولية ١٩٤٨ . وأصبح هذا القانون الموحد من التاريخ المذكور السند التشريعى الجامع لأحكام الشركات فى انجلترا .

ومع ذلك تتوالى التعديلات والقوانين المكملة ، إن لم تصل إلى ما يفرض إعادة الترتيب والصياغة والحذف والإضافة ، فإذا أسقطنا قانون سنة ١٩٤٤ من الحساب وبدأنا بأول عمل تشريعى قيم لتنظيم الشركات الإنجليزية فى أدوار حياتها . أى إذا بدأنا بقانون سنة ١٨٦٢ ، لوجدنا أن التقنين للشركات الإنجليزية قد استغرق نحوا من تسعين عاما ليصل إلى الشمول والوضوح ، وقد ساهم القضاء فى كل خطوة نحو استكمال العمل التشريعى فى تطوره ، بحيث إن المراجع الإنجليزية لأحكام الشركات بل وابعض الدراسات المتصلة بها — كالمحاسبة والمراجعة لا تعتبر النصوص عملا مستقلا أو قائما بذاته ، بل تحرص على حشد القضايا بوقائعها وبأسباب ما صدر بشأنها من

أحكام . . وهكذا تعتبر النصوص والقضايا ـ جميعا ـ من المواد الأولية اللازمة لاستنباط القواعد الحاكمة للشركات .

* * *

* ومن هذه الإشارة الوجيزة . . يتضح بجلاء أن التقنين لهذه المنشآت البالغة الأهمية فى سوق المال وفى دوائر الأعمال . . هو عمل ضخم . . يدعو إلى جهود مجمعة تضم أصالة التشريع الإسلامى وثباته، إلى الثراء الذى تحقق بالمعاناة وبالممارسة وبالخلافات المتجددة بين أصحاب المصالح . . من مساهمين وعملاء وموردين وإداريين ومراقبين.. وقد كان القرن التاسع عشر ، ماانقضى من القرن العشرين من أكثر حقب التاريخ غنى بهذه المادة .

* * *

* وللبلاد العربية ميزة كبرى . . فهى تستطيع أن تبدأ من حيث انتهى الآخرون . . فتنتفع بتجاربهم وتختصر الزمن اللازم لإنجاز عمل كبير كهذا .

* * *

* وللبلاد العربية ، أيضاً ، ميزة أخرى . . هى قدرتها على الإفادة بالتراث الإسلامى . . وإنه لتراث عظيم . . وهنا يجب أن نذكر عمل المستشرقين والمشرعين من الفرنجة . . فهم يفيدون من التراث ويعترفون . . فمثلا يقول المستشرق « دى سانتلانا » فى مقال له ورد فى كتاب « تراث الإسلام » يقول هذا المستشرق : إن النهضة التى شهدتها فرنسا ومن بعدها أوربا . . طوال القرن التاسع عشر فى التشريع . . يرجع الفضل فيه لقانون العرب . . هكذا يقولون . . ويريدون بقانون العرب : القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، وجملة علوم المسلمين .. ويضرب بعض الأمثال . . وأهمها « الشركات » وهو يرجعها إلى عقد القراض ويكتب الكلمة بالحروف الاتينية هكذا . **Quirad**

* ومن أجل ذلك جئنا بنصوص واضحة عن الشركات فى الجزء التالى من هذه الفقرة . .ولئن كان المرجع الذى نأخذ عنه ، من عمل المعاصرين ، إلا أن مسحة

الفقه الرصين تعلوه . . لأن النصوص مستمدة من كتب الأولين...وفيما يلي البيان :

الشركــــة (١)

تعريفـــها وأقسامـــها

الشركة (بكسر الشين وسكون الراء) وقد تفتح الشين وتكسر الراء ولكن الأول أفصح حتى قال بعضهم إنه لم يثبت فيها غيره . ومعناها لغة خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما وأما معناها في الاصطلاح فهو يختلف باختلاف أنواعها لأن الشركة تتنوع إلى شركة مفاوضة وعنان . وأبدان . ووجوه وغير ذلك، وفي كل ذلك تفصيل في المذاهب .

كتاب الشركــة(٢)

الشركة نوعان : شركة أملاك ، وشركة عقود :

فشركة الأمـــلاك

على ضربـــين :

أحدهما : ما كان بفعلهما مثل أن يشتريا أو يوهب لهما أو يوصى لهما فيقبلا .

والآخر : بغير فعلهما وهو أن يرثا .

— والحكم في الضربين واحد وهو أن الملك مشترك بينهما . وكل واحد منهما في نصيب شريكه كالأجنبي ولا يجوز له التصرف فيه إلا بإذنه .

وأما شركة العقود

فعلى ثلاثة أوجه :

١ — شركة بالأموال .

(١) هذه نصوص مختارة « قراءات »

(٢) من كتاب « تحفة الفقهاء » للسمرقندي المذهب الحنفي ج ٣ .

٢ — شركة بالوجوه .
٣ — شركة بالأبدان (بالأعمال) .

ويدخل فى كل واحد منها شركة العنان وشركة المفاوضة فنذكر فى كل نوع كيفيته وشرائطه وأحكامه .

١ — أما الشركة بالأموال :

فلها شروط عنانا كانت أو مفاوضة :

— منها : أن يكون مال الشركة حاضراً .. إما عند العقد أو عند الشراء ولا يجوز بمال غائب أو دين فى الحالين ولهذا قالوا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم وقال (أخرج مثلها واشتربها وبع فما ربحت كان بيننا) فأخرج ألفاً واشترى بها جاز ، وإن لم يوجد المال المعين عند العقد ، وإنما وجد عند الشراء وإنما كان كذلك لأن الشركة لاتتم إلا بالشراء فوجود المال عنده كوجوده فى الابتداء .

ومنها : أن يكون رأس مال الشركة — أثمانا مطلقة — من الدراهم والدنانير عند أكثر العلماء ويصح عقد الشركة فيهما بالإجماع .. ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير جازت الشركة عندنا ـ وعند زفر : لايجوز ، وأما التبر فلا تصح به الشركة ، وجعله كالعروض فى هذا الكتاب .. وفى كتاب الصرف جعله ثمنا .

وخلط المالين ليس بشرط عندنا — وعند زفر : شرط .

وأما المكيل والموزون والعدديات المتقاربة فلا تصح الشركة بها قبل الخلط بالإجماع لأنها ليست بأثمان عند التعيين والشركة لاتصح فيها إلا وهى ثمن وإنما هى أثمان فى الذمة أما بعد الخلط فقال أبو يوسف : لاتصح الشركة وإنما صارت شركة أمـــلاك .

وقال محمد : صحت الشركة بالخلط .

وإنما يظهر الخلاف فيما إذا كان المكيل نصفين وقد شرطا أن يكون الربح أثلاثا فخلطاه واشتريا به .. قال أبو يوسف : الربح على قدر المالين وقال محمد : على ما شرطاه

— وأما الشركة بالعروض فلا تجوز عندنا خلافاً لمالك لأن الشركة تقتضى الوكالة، والتوكيل على الوجه الذى تتضمنه الشركة لايصح بالعروض فإنه لوقال لغيره (بع عرضك على أن ثمنه بيننا) لم يصح ولوقال لرجل (اشتر بألف من مالك على أن مااشتريته بيننا وأنا أشترى بألف من مالى على أن ماأشترى بيننا) جاز ذلك - فلهذا افترقا .

— وأما شركة العنان :

فتفسيرها أن يشارك صاحبه فى بعض الأموال التى ذكرنا لا فى جميع الأموال ويكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى التصرف فى النوع الذى عيناه من أنواع التجارة أو فى جميع أنواع التجارة إذا عينا ذلك أو أطلقا ويبينان قدر الربح .

وهذه الشركة جائزة بلا خلاف لأنها تقتضى الوكالة فى التصرف عن كل واحد منهما لصاحبه، والتوكيل صحيح . ولهذا تجوز هذه الشركة بين كل من كان من أهل التجارة مأذونا فيها كالعبد المأذون والصبى المأذون والمكاتب والذمى .. كما تجوز بين الأحرار البالغين المسلمين لأن قبول الوكالة صحيح منهم . ويجوز أن يشرط العمل عليهما بأن اشتركا على أن (يبيعا ويشتريا على أن مارزق الله من ذلك فهو بينهما على كذا) . ويجوز أن يشترطا العمل على أحدهما دون الآخر .

ثم لاشك أنهما إذا شرطا الربح بينهما نصفين : جاز بالإجماع ..وإذا كان رأس مالهما على السواء سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما.. لأن استحقاق الربح بالمال أو بالعمل .. وقد وجد التساوى فى المال .

وإن شرطا الربح بينهما أثلاثا فإن كان العمل عليهما جاز ، سواء أكان فضل الربح لمن كان رأس ماله أكثر أو أقل، لأنه يجوز أن يكون له زيادة حذاقة فيكون الربح بزيادة العمل .

وإن شرطا العمل على أحدهما فإن شرطا على الذى شرطا له فضل الربح ، جاز.. لأنه عامل فى ماله وربحه له وعامل فى مال شريكه ببعض ربحه والربح يستحق بالعمل . وإن شرطا العمل على أقلهما ربحا خاصة لايجوز.. لأنه شرط للآخر

فضل الربح بغير عمل ولا ضمان والربح لايستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان.. ولا نعنى بقولنا « العمل » وجوده.. بل نعنى به شرط العمل .

وإذا اشترك الرجلان بمال على أن يشتريا ويبيعا فما كان من الربح فهو بينهما ولم يخلط المال فضاع مال أحدهما قبل الشراء فقد انتقضت الشركة.. لأن الشركة تعينت فى المالين فإذا هلك أحدهما قبل الشراء بطلت الشركة فيه وبطلت فى المال الآخر لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه فيه إلا بشرط الشركة فى ماله.. وإذا بطلت الشركة فما يشتريه بماله يكون له خاصة . ولو اشترى بأحد المالين ثم هلك المال الآخر فما اشتراه فهو بينهما لأنه اشتراه مع بقاء الشركة ، فملكا المشترى فهلاك المال بعده لا يغير حكم الملك .

ثم لكل واحد من شريكى العنان بعد ما اشتريا برأس المال أعيانا أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة وإنما أراد بالشراء بالنسيئة فيما إذا كان فى يده دراهم أو دنانير أو مكيل أو موزون فاشترى بذلك المال شيئاً لأن الشريك وكيل بالشراء والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة . فإذا لم يكن فى يده ما ذكرنا وصار مال الشركة كله أعيانا وأمتعة فاشترى بدراهم أو بدنانير نسيئة فالمشترى له خاصة دون شريكه.. لأنه لو فتح فى حق شريكه صار مستدينا على مال الشركة . والشريك فى شركة عنان ، والمضارب ، لا يملكان الاستدانة إلا أن يؤذن لهما فى ذلك .

وكذا لكل واحد منهما أن يضع ويودع ويوكل بالبيع ويحتال بالثمن ويستأجر ويسافر بمال الشركة عند أبى حنيفة ومحمد فى أصح الروايات .

وكذا يقبض ما باعه بنفسه ويخاصم فيه ولا يقبض ما باع صاحبه ولا يخاصم فيه إلا إذا قال كل واحد منهما لصاحبه (اعمل فيه برأيك) فلهما أن يعملا فى ذلك ما كان من التجارة وتوابعها من الرهن والارتهان ودفع المال مضاربة والسفر بالمال فى قولهم إلا القرض والهبة والكتابة والتزويج ونحو ذلك لأن هذا من باب التبرع وليس من جنس التجارة .

— وأما شركة المفاوضة :

فشرط صحتها أن تكون فى جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون

شريكه وأن يكون مايلزم أحدهما من حقوق مايتجران فيه .. لازما الآخر .. وما يجب لكل واحد منهما يجب الآخر .

ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ويتساويان مع ذلك فى رؤوس الأموال : فى قدرها وقيمتها ويتساويان فى الربح .. فإن تفاوتا فى شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عنانا — فصارت المفاوضة مشتملة على الوكالة والكفالة والتساوى فى الربح والمال الذى تقع به الشركة.. ولهذا لاتجوز إلا بين المسلمين الحرين البالغين العاقلين لتساويهما فى أهلية الكفالة وأهلية سائر التصرفات بخلاف العبد والصبى والمكاتب والذمى والمجنون . ثم كل مايجوز لشريك العنان أن يفعله يجوز للمفاوض أن يفعله أيضاً ، لأن شركة المفاوضة أعم . ثم كل ماهو شرط فى صحة شركة العنان فهو شرط فى صحة شركة المفاوضة وكل مافسدت به شركة العنان فهو مفسد لشركة المفاوضة .

ويجوز للمفاوض أيضاً مالا يجوز للشريك فى شركة عنان فما يختص به المفاوض أن يجوز إقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه — ويطالب المقر له أيهما شاء لكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه.. وكذلك كل ماوجب على واحد منهما من دين سائر العقود التى تكون فى التجارة من الشراء والبيع والاستئجار وغير ذلك من سائر مايضمنه أحدهما من الأموال بالغصوب والبيوع الفاسدة والخلاف فى الودائع والعوارى والاستهلاكات والإجارات والرهن والارتهان(والكفالة بالمال عند أبى حنيفه خلافا لهما) والقبض والخصومة وإقامة البينة والاستخلاف على العلم والكتابة والإذن فى التجارة لعبد الشركة وتزويج الأمة ونحو ذلك .

ولايجوز أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة ولا أن يزوجهم . وإذا اشترى أحدهما طعاما لأهله أو كسوة أو ما لا يتهم فيه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه ..وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لأنه قضي دينه من ماله بإذنه ولا له .

٢ — وأما الشركة بالوجوه :

فأن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما . . على أن

ما اشتريا أو ما اشترى أحدهما فهو بينهما نصفان وسميت شركة الوجوه لأنه لا يشترى بالنسيئة إلا من له وجه عند الناس وهى عقد جائز عندنا خلافا للشافعى لتعامل الناس فى الأعصار من غير نكير . ثم كيفما شرط وقوع الملك فى المشترى بينهما إما نصفان أو كان لأحدهما أكثر فهو جائز.. ويقع الملك بينهما كذلك ويكون الربح على قدر ملكهما ولا يجوز ن يفضل أحدهما على ربح حصته شيئاً لأن الربح يستحق فى هذه الشركة بالضمان لا بالمال والعمل.. والضمان على قدر الحصة. فيكون الربح كذلك إذ لو شرط زيادة الربح فإنه يشترط من غير عمل ومال وضمان وهذا لا يجوز ثم هما فى جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فضل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريكى العنان.. لأنهما أطلقا الشركة والشركة المطلقة تقتضى العنان فإذا اشتركا بوجوههما شركة مفاوضة فذلك جائز لأنهما ضما إلى الوكالة المطلقة الكفالة، وذلك جائز ، إلا أنه لابد من التساوى فيما يتبايعانه لأن المفاوضة تمنع من التفاضل .

٣ — وأما الشركة بالأعمال :

فهى تسمى شركة الصنائع وتسمى شركة الأبدان لأن العمل بالبدن يكون.. وهو أن يشترك اثنان فى عمل كالقصارة والصباغة على أن يتقبلا الأعمال ويعملا فما أخذا من الأجر فهو بينهما ، وهذه الشركة جائزة عندنا خلافا للشافعى وهو مما جرى به التعامل فى جميع الأعصار — ثم هى قد تكون مفاوضة وقد تكون عنانا .

فالمفاوضة ما ذكر فيه لفظة المفاوضة أو ذكر ما هو فى معنى المفاوضة بأن اشترط الصانعان على أن يتقبلا جميعا الأعمال وأن يضمنا جميعا العمل على التساوى وأن يتساويا فى الربح والوضيعة وأن يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه الشركة.. فهى مفاوضة . وإن شرطاً على أن ما قبلا من الأعمال ضمنا العمل، فعلى أحدهما الثلثان من العمل وعلى الآخر الثلث.. والأجر والوضيعة بينهما على قدر ذلك فهذه شركة عنان لوجود معنى شركة العنان.. وكذا إذا ذكرا لفظة العنان.

وكذا لو أطلقا فهى شركة عنان أيضاً استحساناً لأنهما جميعاً قبلا الأعمال وضمنا تسليم ذلك إلى صاحبه، فيكون ذلك جارياً مجرى المفاوضة فى أن العمل عليهما ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل وإلى أيهما دفع صاحب العمل برىء .. وعلى أيهما وجب ضمان العمل فكان لصاحب العمل أن يطالب الآخر.. ولكن لا تكون مفاوضة حقيقية مالم تذكر لفظة

المفاوضة أو يوجد معناها .. وهو ما ذكرنا .. حتى قالوا فى الدين إذا أقر به أحدهما من ثمن صابون أو أجر أجير أو حانوت . . قد مضى — فإنه لا يصدق على صاحبه إلا بإقراره أو ببينة قامت عليه ويستوى أن تكون الشركة فى نوع عمل فيعملان ذلك ، أو يعمل أحدهما عملا والآخر غير ذلك أو لم يعمل ، بعد أن ضمنا جميعا العملين معا . لأن الإنسان قد يعمل بنفسه وأجيره .

فإن عمل أحدهما دون الآخر والشركة عنان أو مفاوضة فالأجر بينهما إن شرطا العمل عليهما والتزما ذلك فيكون أحدهما معينا للآخر كالقصار إذا استعان برجل فى القصارة .

وكذلك إذا شرطا لأحدهما زيادة أجر أو شرطا العمل على قدر الأجر ، والوضيعة كذلك ، فهو جائز وإن كان عمل الذى شرط له الأجر القليل أكثر لأن الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل . وإن شرطا الوضيعة نصفين لا يصح ويبطل وتكون الوضيعة على ما شرطا من ضمان العمل والأجر كذلك . ولو جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعاً لأن ذلك بناء على ضمان العمل وقد ضمنا جميعاً .

— المالكية (*) : قالوا تنقسم الشركة إلى أقسام : شركة الإرث وهى اجتماع الورثة فى ملك عين بطريق الميراث . وشركة الغنيمة وهى اجتماع الجيش فى ملك الغنيمة وشركة المبتاعين شيئاً بينهما . وهى أن يجتمع اثنان فأكثر فى شراء دار ونحوه . وهذه الأقسام هى التى عبر عنها الحنفية بشركة الملك . وحكمها عند المالكية أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف بغير إذن صاحبه .. فإذا تصرف فقيل يكون كالغاصب وقيل لا .. فإذا زرع أحد الشركاء فى أرض مملوكة لهم أو بنى فيها فإن زرعه يقلع وبناءه يهدم على القول الأول أما على القول الثانى فإن زرعه وبناءه يتركان وعليه كراء نصيب شريكه فى الأرض وله قيمة بنائه الذى بناه لشبهة الشركة .

ويتعلق بهذه الشركة فروع كثيرة .. منها أنه إذا اشترك اثنان أو أكثر فى عقار لا يمكن قسمته كحمام وفرن — ودكان — وبرج — ثم خرب ذلك العقار وأراد

(*) عن كتاب الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ « عبد الرحمن الجزيرى » .

أحد الشركاء تعميره فأبى الآخر فإنه يقضى على من امتنع من التعمير بأن يعمر أو يبيع جميع حصته لشريكه الذى يريد التعمير ولو كان يملك أكثر العقار أو يبيع لمن يعمر ، وقيل يقضى عليه بأن يبيع بعض حصته التى تكفى للتعمير . . ولكننا الأول أرجح لتقليل الشركاء .

ولا فرق فى أن يكون العقار الذى لاينقسم بعضه ملكا وبعضه وقفا وأبى الموقوف عليه أو ناظر الوقف التعمير فإنه يقضى عليه ببيع الوقف جميعه،على المعتمد، خلافاً لمن قال إنه يقضى بأن يعمره الشريك ويستوفى ما أنفقه على عمارته من إيراده ولمن قال إنه يباع منه بقدر الحاجة إلى التعمير.. لأن الغرض تقليل الشركاء كما ذكر فى بيع غير الموقوف .. نعم لايقضى ببيع الوقف إلا إذا لم يكن للوقف ريع يعمر منه ولم يوجد من يستأجره بأجرة معجلة سنين تكفى لتعميره.. فإن وجد ذلك فإنه لايقضى ببيعه ، هذا ولا يقضى بالبيع فى الحالتين إلا بعد الأمر بالعمارة فالحاكم يأمر بالعمارة ويقضى بالبيع إذا لم ينفذ الأمر بالتعمير .

ومنها أنه إذا اشترك اثنان مثلا فى دار يملك أحدهما منها الطبقة السفلى (الدور الأسفل) ويملك الثانى الطبقة العليا (الدور الأعلى) ثم اختل الدور الأسفل أو ضعفت جدرانه عن احتمال الدور الأعلى فإن الحاكم يأمر صاحب الدور الأسفل بأن يعمر فإن لم يفعل يقضى عليه ببيعه لمن يعمر لا فرق بين أن يكون العقار ملكا أو وقفا بالشروط المتقدمة .

وعلى صاحب الدور الأسفل حفظ الدور الأعلى من السقوط حال بناء الدور الأسفل بتعليقه أو عمل دعائم تحفظه من السقوط ونحو ذلك..وعليه أيضاً السقف لأنه متعلق به ولهذا يقضى له به عند التنازع .وليس على صاحب الأسفل أن يبنى سلما يرقى عليه صاحب الدور الأعلى وكذلك ليس عليه البلاط الذى يوضع على سقف الدور الأسفل فيقضى عند التنازع بالسقف لصاحب الأسفل وبالبلاط لصاحب الأعلى . أما (كسح) المرحاض الموجود فى الدور الأسفل المشترك بينه وبين الأعلى فيعمل فيه بالعرف فإن لم يوجد عرف فإنه يكون بالاشتراك بقدر الاستعمال على الظاهر . وكذلك المراحيض الموجودة فى البيوت المستأجرة فإنه يعمل فى كسحها وتنظيفها بالعرف فإن لم يوجد عرف فقيل على المالك وقيل على المستأجر. وأما طين

المطر الذى ينزل فى الأسواق فليس على أصحاب (الدكاكين) رفعه إلا إذا جمعوه فى وسط الطريق فأضر بالمارة فإن عليهم فى هذه الحالة كنسه .

ومنها أنه إذا اشترك اثنان فى دار على أن يكون لأحدهما الدور الأسفل وللآخر الأعلى ثم أراد صاحب الأعلى أن يبنى (دوراً ثالثاً) فإنه لا يمكن من ذلك ويقضى عليه بعدم فعله إلا إذا كان البناء لا يضر بالدور الأسفل حالا ولا مآلا، ويرجع فى ذلك إلى أهل الخبرة والمعرفة بمثله .

ومنها أنه إذا اشترك ثلاثة مثلا فى دار ثم تهدم وأراد أحدهم تعميره وامتنع الآخران فإن له أن يعمرها ويستولى على إيرادها جميعه حتى يخلص بما أنفقه ثم يقتسمون الإيراد بعد ذلك إلا إذا أعطوه ما أنفقه فإنه لا يصح له الاستيلاء على الإيراد وحده بعد ذلك .

وله الاستيلاء على الإيراد فى أربع صور — الأولى أنه يستأذن شريكيه بالعمارة فيمتنعا .. الثانية أن يستأذنهما فيسكتا ثم يمتنعا أثناء العمارة . الثالثة أن يستأذنهما فيمتنعا ثم يسكتا عند رؤية العمارة. الرابعة أن يأذنوا له فى العمارة ثم يمنعاه منها قبل شراء المؤن التى يعمر بها ثم عمر بعد منعهما. وفيما عدا ذلك يكون ما أنفقه دينا فى ذمتهم .

ومنها أنه إذا كان لأحد الجيران حائط متصلة ببيت جاره ويتوقف إصلاحها على دخول بيت جاره فليس لجاره أن يمنعه من الدخول فى داره لترميمها وإصلاحها .. فإذا امتنع يقضى عليه بتمكين جاره من إصلاح حائطه وكذلك يقضى عليه بتمكينه من غرز خشبة ونحوها وبتمكينه من أخذ ثوب سقط عنده أو دابة دخلت أو نحو ذلك . وكذا إذا كان خزان مرحاضه فى دار جاره فإنه يقضى له بإدخال العمال لكسحه .. وللجار منعه من إدخال الطين والجص فى داره وعليه أن يفتح نافذة فى حائط داره لإدخال ما يلزمه من ذلك حتى لا يقذر دار جاره .

ومنها أنه إذا كان بين جارين حائط تستر أحدهما فأزالها صاحبها وانكشف بسبب ذلك جاره، فإنه يقضى على من أزالها بإعادة بنائها إلا إذا كان هدمها لخلل فيها

يخشى منه الضرر أو هدمت وحدها فإنه فى هذه الحالة لايقضى على صاحبها بإعادتها ويقال للجار افعل مايسترك إن شئت .

ومنها أنه إذا بنى أحد فى طريق مشتركة بين الناس فإنه يقضى عليه بهدم مابناه ولو لم يضر بالمارة سواءاً كانت تلك الطريق نافذة أم لا فإذا كانت لأحد الناس دار يملكها فهدمت وصارت طريقاً فإن ملكه لايزول عنها بذلك وحينئذ لايمنع من البناء فيها إلا إذا مضى عليها زمن طويل (وقدره بعضهم بعشر سنين) فإنه لايكون له حق فيها حينئذ .

ومنها أنه لايمنع الباعة من الجلوس بأفنية الدور ويقضى به وهو مازاد على مرور الناس فى طريق واسعة نافذة إذا كان فى جزء من اليوم ..أما إذا كان فى كل النهار فإنه يمنع ولايقضى به، وفناء المساجد كفناء الدور ويصح لرب الدار تأجيرفناء داره والانتفاع به على الراجح ومثله فناء الحانوت (الدكان) ويمنع الجلوس فى أفنية الدور ونحوها للحديث لأن فيه ضياعا للوقت وضرراً بالمارة .

وإن تنازع اثنان من الباعة فى الجلوس بمكان فإنه يقضى للسابق منهما ،ومثل ذلك الجلوس فى المسجد إلا إذا كان غير السابق يجلس فيه لتعليم العلم أو الإفتاء فإنه يقدم على غيره استحساناً .. يعنى أن الأفضل للسابق أن يترك ذلك المكان للمدرس .

ومنها أنه إذا فتح جار نافذة فى حائط بيته وبين جاره وكانت تلك النافذة تكشف جاره بأن يرى وجوه ساكنيها فإنه يقضى عليه بسدها وإزالة معالمها بحيث لايبقى لها أثر يمكن الاحتجاج به بعد.. أما إذا كانت النافذة لاترى منها الوجوه أو على المزارع والحيوانات فإنه لايؤمر بسدها إذ لاضرر منها .

وليس للجار أن يطلب سد نافذة مضى عليها عشر سنين وهو ساكت .

ومنها أن للجيران منع إحداث مايتصاعد من دخان يضر بهم وبمساكنهم كبناء حمام بجوارهم أو مطبخ أوفرن أو نحو ذلك.. كذلك لهم منع إحداث ما تتصاعد منه رائحة كريهة كمدبغة ومسمط ونحوهما ...

ومحل ذلك ماإذا حدث شيء من ذلك بعدهم .. أما إذا كان موجوداً من قبل ودخلوا عليه فليس لهم منعه .

ومنها أن للإنسان أن يمنع غيره من إيجاد الجرين (الجرن) عند منزله لأنه يتضرر بالتبن الحاصل من التذرية ومثل البيت فى ذلك الحانوت (الدكان) .

وكذلك يقضى بمنع إحداث ما يضر بجدار البيوت كرحا ومدق وبئر ومرحاض واصطبل ..وأما الحداد والنحاس والنجار فإنهم لا يمنعون عن مزاولة مهنتهم إلا إذا كان يؤذى الجدران ..أما مجرد التأذى منهم فإنهم لا يمنعون به ،ومثل هؤلاء الصباغ الذى يدق القماش .

وكذلك يمنع إحداث مصطبة فى مقابل باب منزل (أو دكان) للبيع والشراء إذا كان يضر بالسكان ويكشفهم . ولايمنع مالك من فتح باب طريق نافذ إلى الفضاء ولو كان فى مقابل باب جاره .

وكذا لايمنع من بناء مايحجب الضوء أو الشمس عن داره ، وله أن يمنع من إحداث مايمنع الضوء والشمس عن جرينه .

وندب للجار أن يفتح بابا لجاره ليمر منه إذا لم يكن فى ذلك ضرر عليه..وندب إعارة جداره لجاره المحتاج لغرز خشبة فيه لأن ذلك من مكارم الأخلاق .

وأما أقسام الشركة المشهورة غير ماذكر فهى ستة: مفاوضة . وعنان . وجبر . وعمل . وذمم . ومضاربة..ولكل منها تعريف خاص وقد عرفها بعضهم تعريفاً عاماً فقال هى تقرير ملك متمول بين مالكين فأكثر..فقوله تقرير ملك متمول معناه استقرار ملك شيء له قيمة مالية بين مالكين فأكثر فلكل واحد أن يتصرف فيه تصرف المالك.. خرج به تقرير شيء غير مالى كتقرير النسب والولاية فان النسب الثابت بين اثنين ليس بشيء مالى فلا يتصرفان فى النسب تصرف الشركاء .

وكذلك تقرير الولاية بين اثنين على مملوك فإنه لا يكون شركة ..وقوله بين مالكين خرج به تقرير شيء مالى بين وصيين أو وكيلين فإن مال القاصر الموجود فى يد الوصيين بمقتضى الوصاية لايجعلهما شركاء فيه ومثلهما الوكيلان عن شخص

فإنهما لا يتصرفان تصرف الشركاء لأن ماله بنهما ليس مملوكا لهما . ويدخل فى التعريف جميع أنواع الشركة سواء أكانت شركة إرث أو غنيمة أو شركة مال التجارة ، مفاوضة كانت أو عناناً ، وأما شركة الذمم المعروفة بالوجوه فهى ممنوعة عندهم كما ستعرفه .

وكذلك يدخل فى التعريف شركة الأبدان باعتبار الفائدة المالية التى تترتب عليها ، لأنها تكون مملوكة بينهما .

وقد عرف بعضهم الشركة المالية التجارية بأنواعها بأنها عبارة عن إذن كل واحد من الشريكين أو (الشركاء) الآخر فى أن يتصرف فى مال يملكانه على أن كلا منهما يتصرف لنفسه وللآخر .. فكل من الشريكين يعمل فى مال الآخر لصاحبه ولنفسه بخلاف الوكيل فإنه يعمل فى مال الموكل للموكل خاصة . وأما تعريف كل قسم من أقسام الشركة على حدة فإليك بيانه ...

فأما شركة المفاوضة فهى اشتراك اثنين فأكثر فى الاتجار بمالين على أن يكون لكل منهما نصيب فى الربح بقدر رأس ماله بدون تفاوت وأن يطلق كل من الشركاء حرية التصرف للآخر فى البيع والشراء والكراء والاكتراء وأن يشترى ويبيع فى غيبته وفى حضوره سواء أتفقا على أن يتجرا فى نوع واحد كالقمح أو الشعير أو فى جميع الأنواع . وبعضهم يقول إنها إذا كانت فى نوع واحد تكون عناناً لا مفاوضة لأن شركة المفاوضة يجب أن تكون عامة فى كل الأنواع ولا تفسد شركة العنان عندهم بانفراد أحد الشريكين بمال غير مال الشركة ، فيصح أن تكون الشركة على ألف لكل منهما خمسمائة وعلى أحدهما زيادة على الخمسمائة .

وأما شركة العنان فهى أن يشتركا على أن لا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه فإن كل واحد منهما أخذ بعنان صاحبه يمنعه إذا أراد حتى لو صرف أحدهما بدون إذن الآخر كان له رده.. وإذا اشترطا أن يكون لأحدهما التصرف المطلق دون الآخر فقيل إنها تكون عناناً فى المقيد ومفاوضة فى المطلق . وقيل تفسد وهو الظاهر .

وأما شركة العمل (وهى المعروفة بشركة الأبدان فى بعض المذاهب) فهى أن

يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا معاً ويقتسما أجرة عملهما بنسبة العمل بشرط أن تكون الصنعة متحدة كحدادين أو نجارين أو خياطين أو نساجين فلا يصح اشتراك حداد ونجار ولا اشتراك صانع ونساج.. نعم يصح اشتراك صانعين تتوقف صنعة أحدهما على صنعة الآخر كأن يشترك الذى يغوص فى البحر لاستخراج اللؤلؤ مع صاحب الزورق الذى يحمله ويمسك له . وأن يتساويا فى العمل بأن يأخذ كل واحد بقدر عمله من الغلة ويصح أن يزيد أحدهما على الآخر شيئاً يتعارفه الناس ويحصل التعاون بينهما ولو كانا بمحلين مختلفين (كدكانين) وإذا كان لكل منهما آلة للبرادة أو الحدادة أو النجارة فإنه لايجوز أن يعمل بها قبل أن يشترى كل منهما نصفاً بنصف الأخرى حتى يكون لكل منهما نصف أحداهما ملكا أصلياً والنصف الآخر بالشراء ..وقيل يجوز والأول هو المعتمد .

وأما شركة الذمم فهى عبارة على أن يتعاقد اثنان على أن يشتريا شيئاً غير معين بثمن مؤجل فى ذمتهما بالتضامن بمعنى أن كلامنهمايقبل لصاحبه.. ثم يبيعانه..وماخرج من الربح فهو بينهما .

أما إذا اتفقا على شراء شىء معين كسلعةخاصة معينة حين عقد الشركة وتساوياً فى التمويل فإنه يصح.. وهذه الشركة معروفة فى بعض المذاهب بشركه الوجوه .

وأما شركة الوجوه عند المالكية فهى عبارة عن أن يتفق رجل ذو وجاهة مع رجل خمل لاوجاهة عنده على أن يبيع الوجيه تجارة الخمل لأن وجاهته تحمل الناس على الثقة به والشراء منه وله فى نظير ذلك جزء من الربح ..وهى ممنوعة عندهم أيضاً لأن فيها تغريراً بالناس فإذا وقع ذلكفعلا كان للوجيه أجرالمثل.. أما من اشترى من الوجيه فله رد السلعة وإمساكها بثمنها . . وإن كانت نفدت فإنها تلزمه بالأقل من الثمن والقيمة .

وأما إذا وقع عقد شركة الذمم ونفذ فإنه يعمل مع الشريكين بحسب ما اتفقاً عليه من الربح .

وأما شركة الجبر فهى عبارة عن أن يشترى شخص سلعة بحضرة تاجر اعتاد الاتجار فى هذه السلعة ولم يخطره بأنه يريد أن يشتريها لنفسه خاصة ولم يتكلم ذلك

التاجر..فإن له الحق فى أن يشترك فيها مع من اشتراها ويجبر من اشتراها على الشركة مع ذلك التاجر .

والمالكية يقولون إن عمر رضى الله عنه قضى بها عملا بالعرف فى ذلك ، ويشترط فيها ستة شروط ثلاثة فى السلعة وثلاثة فى الشخص الذى يريد الاشتراك . فأما الشروط الخاصة بالسلعة فهى أن تشترى بالسوق الذى تباع فيه عادة . وأن يكون شراؤها للتجارة فإذا اشتراها للاقتناء أو ليجعلها أثاث منزله فإنه لاحق للغير فى أن يشاركه فيها وأن يكون الاتجار بها فى البلد الذى اشتريت به فإذا اشتراها للسفر بها فإنه لايجبر على الشركة فيها . وأما الشروط المتعلقة بالشخص الذى يطلب الاشتراك فهى أن يكون حاضراً فى السوق وقت شراء السلعة وأن يكون من تجار تلك السلعة التى بيعت بحضرته . وألا يتكلم وقت الشراء .. وهناك شرط آخر يتعلق بالمشترى وهو ألا يقول لهم إنى أشترى لنفسى ولا أريد أن أشارك أحداً فمن شاء أن يزيد فليفعل فإن قال ذلك فإنه لايجبر على الشركة . ولايجبر الحاضر على مشاركة المشترى إلا إذا طلب منه ذلك فقبل .

وأما شركة المضاربة فقد تقدم معناها وأحكامها .

الشافعية : قالوا الشركة الجائزة نوع واحد وهى شركة العنان بكسر العين وهى عبارة عن أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك فى مال للاتجار فيه ويكون الربح بينهم على نسبة أموالهم بشرائط مخصوصة سيأتى بيانها .

أما أنواع الشركة المذكورة فى المذاهب الأخرى فهى باطلة ، وهى ثلاثة أقسام:

الأول : شركة الأبدان وهى أن يشترك اثنان فأكثر يحترف كل واحد منهم حرفة ليعمل كل منهما ببدنه وما يرزقهم الله من أجر يقتسمونه .. وهذه ممنوعة.. سواء اتحدت الحرفة كحدادين ونجارين أو اختلفت كحدادين ونجار فإذا وقع عقد شركة كهذه فإن حكمه أن كل مايحصله أحدهم من أجرة عمله وحده يختص به ولا يعطى منه شيئاً لشريكه وما يعملانه معاً يوزع عليهما أجره بنسبة مثل أجرة عمل كل منهما.. فمثلا إذا عملا معاً فى بناء حائط يأخذ كل منهما أجرة مثل عمله التى يستحقها فى

اليوم فلو كان أحدهما يستحق فى اليوم عشرة قروش والآخر عشرين قرشاًوزعت الأجرة عليهما بهذه النسبة .

الثانى : من أقسام الشركة الباطلة شركة المفاوضة وهى أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك بأموالهما من غير خلط المالين ببعضهما قبل العقد ، أما إذا خلطا المالين ببعضهما قبل العقد فانها لاتكون شركة مفاوضة بل تكون من شركة العنان الجائزة، حتى ولو صرحا بالمفاوضة ونويا بها العنان فانها تصح بعد الخلط قبل العقد ..وكما تكون المفاوضة بالأموال تكون بالأبدان فقط أو بالأموال والأبدان .

الثالث : شركة الوجوه وهى أن يشترك وجيهان (فأكثر) على شراء تجارة بثمن مؤجل لوجاهتهما ليبيعاه والربح بينهما ، أو يشترك وجيه وخمل على أن يشترك الخمل بماله ويبيع الوجيه بوجاهته أو يشترى الوجيه بوجاهته ويبيع الخمل .. وكل هذه الاقسام باطلة .

الحنابلة : قالوا تنقسم الشركة إلى قسمين ، شركة فى المال ، وشركة فى العقود.

فشركة المال هى اجتماع اثنين فأكثر فى استحقاق عين بإرث أو شراء أو هبة أو نحو ذلك ولافرق بين أن يملكا العين بمنافعها أو يملكا رقبتها دون منفعتها أو منفعتها بدون رقبتها.. وأما شركة العقود وهى المرادة هنا فهى اجتماع اثنين فأكثر فى التصرف وتنقسم شركة العقود إلى خمسة أقسام :

شركة العنان ، وشركة الوجوه ، وشركة الأبدان ، وشركة المفاوضة ، وشركة المضاربة .

فأما شركة العنان . . فهى أن يشترك اثنان فأكثر بمالين على أن يعملا معا فى تنميتهما والربح بينهما على مااشترطاً . أو يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن يعمل أحدهما فقط بشرط أن يكون للعامل جزء من الربح أكثر من ربح ماله ليكون الجزء فى نظير عمله فإن شرطا له ربحاً قدر ماله فقط فهو إبضاع لايصح .. لأنه عمل فى مال الغير بدون أجر .

وأما شركة الوجوه فهى أن يشترك اثنان فأكثر فى شراء تجارة بثمن مؤجل

فى ذمتهما أعتماداً على وجاهتهما التى توجب الثقة بهما ثم يبيعانه والربح بينهما نصفين أو نحو ذلك . . وهى جائزة مطلقاً سواء عينا جنس ما يشتريانه أو قدره أو قيمته أو لم يعينا شيئاً..فلو قال أحدهما للآخر مااشتريت من شيء فهو بيننا، صح .

وأما شركة الأبدان فهى أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا بأبدانهما وما يُرزقانه من الأجر فهو بينهما على مااشترطا ، وهى جائزة مطلقاً، سواء اتحدت الصنعة أو اختلفت فيجوز اشتراك نجار مع حداد ولكل واحد منهما أن يأخذ الأجرة وللمستأجر أن يعطيها لأيهما أراد.. ومن شركة الأبدان الاشتراك فى تملك المباحات كالاصطياد والاحتطاب ونحو ذلك .

وأما شركة المفاوضة فهى الاشتراك فى استثمار المال مع تفويض كل واحد لصاحبه فى الشراء والبيع والمضاربة والتوكيل والبيع بالدين والسفر بالمال والرهن والارتهان والضمان وغير ذلك .. إلا أنه لايصح أن يدخلا فيها الكسب النادر، كوجدان لقطة أو كنز أو نحو ذلك .

أركان الشركة

للشركة العامة أركان خمسة : العاقدان ، والصيغة ، والمحل وهو شيئان .. المال والأعمـــال .

الحنفية : قالوا للشركة ركن واحد وهو الإيجاب والقبول لأنه هو الذى يتحقق به العقد وأما غيره من العاقدين والمال فهو خارج عن ماهية العقد كما تقدم فى البيع.. وصيغة الإيجاب أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت ولا فرق فى ذلك بين أن يذكر له نوعاً خاصاً كأن يقول له شاركتك فى القمح أو القطن أو يذكر له شيئاً عاماً كأن يقول له شاركتك فى عموم أنواع التجارة وإذا لم يذكراً لفظ الشركة بأن قال أحدهما للآخر ما اشتريت اليوم من أصناف التجارة فهو بينى وبينك فقبل صاحبه فإنه يكون شريكه.. ولكن ليس لأحدهما أن يبيع بدون إذن صاحبه لأنهما قد اشتركا فى الشراء ولم يشتركا فى البيع حتى يصح لأحدهما أن يتصرف بدون إذن الآخر.. ومثل ذلك ماإذا أقتّه بوقت كأن قال له مااشتريت اليوم أو هذا الشهر فهو بينى وبينك . ولايشترط فى الإيجاب والقبول

ان يكونا بالأفظ فإذا دفع له ألفاً وقال له أخرج مثلها واشتر تجارة والربح سيكون بيننا فأخذها وفعل بدون أن يتكلم انعقدت الشركة .. وكيفية كتابة الشركة أن يقال : هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة على رأس مال قدره كذا يدفعه فلان ومال قدره كذا يدفعه صاحبه وذلك كله فى أيديهما يشتريان به ويبيعان مجتمعين ومنفردين ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد وبالتأجيل فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رءوس أموالهما وما كان من خسر أو تبعة فهو كذلك ، ثم يكتب التاريخ .

شروط الشركة وأحكامها

لشركة العقود شروط بعضها يتعلق بالعاقدين ، وبعضها يتعلق بالصيغة ، وبعضها يتعلق برأس المال ، وبعضها يتعلق بالربح .. ولكل نوع من أنواع الشركة شروط تتعلق به من ذلك بخصوصه وكلها مفصلة فى المذاهب .

الحنفية : قالوا الشروط المتعلقة بالشركة تنقسم إلى أربعة أقسام : ـ

القسم الأول : يتعلق بجميع أنواع الشركة سواء كانت بالمال أو بغيره .

القسم الثانى : يتعلق بشركة المال سواء كانت مفاوضة أو عنانا .

القسم الثالث : يختص بشركة المفاوضة بأنواعها .

القسم الرابع : يختص بشركة العنان كذلك .

فأما القسم الأول.. فيشترط للشركة بجميع أنواعها أمران : الأول ، وهو متعلق بالمعقود عليه أن يكون المعقود عليه قابلا الوكالة فيه فإذا تعاقد اثنان مثلا على أن يشتركا فى الاصطياد أو فى جمع الحشائش المباحة وبيعها فإن العقد لا يصح لأن هذه الأشياء مباحة فلا ينعقد فيها التوكيل لأن ملكها يثبت لمن يباشرها فمن جمع حطباً مباحاً أو صاد سمكا أو غزالا أو غير ذلك فإنه يملكه بمجرد الحصول عليه فليس لغيره مالك فيه حتى يتصور أن يوكله فى التصرف فيما يملكه منه .

ثانيهما وهو متعلق بالربح .أن يكون الربح جزءا شائعاً معلوماً كالنصف أو الثلث أو نحوهما فإن كان الربح مجهولا أو معينا بعدد فإن العقد يفسد فإذا قال أحدهما

جزء من الربح ولم يعين أو قال ولك عشرون جنيها من الربح فإنه لا يصح أما الأول فلأن الجهالة فى الربح توجب النزاع وأما الثانى فلأن تعيين عدد معين من الربح يقطع الشركة إذ ربما لا يربح سوى هذا المبلغ فيأخذ أحد الشريكين المشروط له ولا يكون الثانى شريكا فيه فتنقطع الشركة حينئذ .

وأما القسم الثانى وهو المتعلق بشركة المال سواء كانت عناناً أو مفاوضة فهو أمور أحدها أن يكون رأس المال من النقدين كالجنيه والريال فلا يصح العقد فى شركة المفاوضة ولا فى شركة العنان إذا كان رأس المال عروض تجارة أو حيوانا أو من المكيلات كالقمح والعدس أو الموزونات كالسمن والعسل فإذا اختلط ما يملكه اثنان من القمح ببعضها فإن ذلك سيكون شركة ملك كما تقدم والربح يكون بينهما بنسبة ما يملكان . . والخسار يكون عليهما بتلك النسبة أما إذا كانا من جنسين مختلفين كقمح وشعير فالثمن يكون بينهما على قدر قيمة ماخصه يوم بيعه .

ومثل عروض التجارة قطع الذهب والفضة التى لم تضرب (ختم بخاتم الحاكم) إلا إذا جرت العادة بالتعامل بها فإنه يجوز أن تجعل رأس مال الشركة المالية على الصحيح .

أما المصوغ من الذهب والفضة كحلى النساء وخلاخيلهن فإنه كعروض التجارة بلا خلاف .

وأما الفلوس وهى العملة مأخوذة من غير الذهب والفضة كالنحاس والبرونز فإنه يصح جعلها رأس للشركة إذا كان يتعامل بها كما فى المضاربة .

على أنه يصح أن تجعل عروض التجارة رأس مال للشركة بحيلة وهى أن يبيع كل واحد منهما نصف ما يملكه بنصف ما يملكه الآخر ثم يخلطان ما يملكانه بعضهما فيكون لكل واحد منهما نصف يملكه أصالة ونصف يملكه بالشراء من صاحبه.. وبذلك تتكون بينهما شركة ملك بحيث لا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر إلا بإذنه ثم يتعاقدان على شركة المفاوضة فيفوض كل منهما لصاحبه أن يتصرف .

ثانيها : أن يكون رأس المال حاضراً عند العقد أو عند الشراء فلو دفع مائة جنيه لشخص وقال له ادفع مثلها واشتر بها وبع صح العقد إذا أخرج الرجل المائة عند الشراء . وبعضهم يقول إذا افترقا من المجلس قبل دفع المــــال فإن العقد لا يصح .

ثالثها : أن لا يكون رأس مال الشركة ديناً فإذا كان لشخص دين على آخر وقال شاركني على أن رأس المال الذي أدفعه هو الدين الذي لي عند فلان أو عندك فإنه لا يصح لأن الدين مال غائب وقد عرفت أن الشرط حضور المال .

وأما الشروط المختصة بشركة المفاوضة فهي أمور منها .

أن يكون رأس مال الشريكين أو الشركاء على السواء بأن يكون قدر ما يدفعه كل واحد مساوياً لما يدفعه الآخر فلا يصح في المفاوضة أن يدفع أحدهما مائة جنيه والآخر خمسين جنيها فإن كان رأس مال أحدهما مخالفا لرأس مال صاحبه بأن دفع أحدهما ذهباً والآخر فضة فإنه يجب أن يكون كل منهما مساوياً للآخر في القيمة فإذا دفع أحدهما عشرة جنيهات مصرية مثلا وجب أن يدفع الآخر خمسين ريالا من الفضة أو مائة قطعة من ذات العشرة قروش وهكذا .

ومنها أن لا يكون لأحدهما من المال الذي تنعقد به شركة المفاوضة شيء مدخر بل ينبغي له أن يخرج كل ماله فإذا كان معه ألف جنيه فلا يصح أن يعقد شركة مفاوضة مع غيره بخمسمائة بل ينبغي أن يعقدها بالألف فإذا عقدها بأقل مما يملك من المال كانت شركة عنان لا مفاوضة ويجوز أن يملك أحدهما عقاراً أو دوراً زيادة على المال دون صاحبه أو يملك مالا غائباً عنه كأن كان له دين على شخص لم يقبضه فإذا قبضه فسدت وصارت عناناً ولو كان لأحدهما وديعة من النقدين عند شخص زائدة على رأس مال المفاوضة فسدت المفاوضة . وهذا الشرط يتعلق برأس المال .

ومنها أنه يشترط النص على المفاوضة في العقد إذا كان التعاقد مع من لا يعرف معنى المفاوضة الذي تقدم .. أما إذا كان الشريكان يعلمان معنى المفاوضة وأمكنهما

استيفاء هذا المعنى فى العقد بدون تصريح اللفظ فإنه يصح . وهذا الشرط يتعلق بالصيغة .

ومنها أن يكون كل من الشريكين أهلا للكفالة بأن يكونا بالغين حرين عاقلين متفقين فى الملة كما تقدم .. وهذا الشرط متعلق بالعاقدين.

ومنها أن تكون الشركة عامة فى جميع أنواع التجارة فلا يصح تخصيصها بنوع واحد كالقطن أو القمح أو نحو ذلك وهذا الشرط متعلق بالمعقود عليه .

وأما أحكام شركة المفاوضة فهى أن كل شيء يشتريه أحد الشريكين كان على الشركة .. كإطعام أهله وإدامه وإدامهم وكسوتهم وكسوته . وكذلك المتعة والنفقة والاستئجار للسكنى والركوب للحاجة كالحج وغيره فإن كل ما يشتريه أحدهما مما يتعلق بذلك خاص به ومع ذلك فإن الآخر يكون كفيلا عنه حتى أن لصاحب الكسوة والطعام ونحو ذلك مما ذكر أن يطالب الشريك الآخر الذى لم يشتر وعليه أن يؤدى ويرجع على شريكه بما يستحقه فيما دفع من مال الشركه .

ولا يشارك أحدهما الآخر فيما ورث من ميراث ولا ما حصل عليه من جائزة سلطانية ولا هبة ولاصدقة ولا هدية .

وإذا كان لأحد الشريكين شيء مملوك قبل عقد الشركة فليس للآخر شيء فيه كما إذا اشترى أحدهما جملا بشرط الخيار ثم تعاقد مع صاحبه على شركة المفاوضة ثم أسقط خياره فإن الجمل يكون له وحده وليس لشريكه فيه نصيب .

وإذا أودع أحدهما وديعة كانت كذلك عند الآخر وإذا كان يعمل أحدهما فى مال مضاربة كان مايخصه من الربح بينه وبين شريكه شركة مفاوضة .

وإذا ثبت فى ذمة أحدهما دين بتجارة وشبهها كان الآخر متضامنا فيه ويشبه التجارة الغصب والاستهلاك والوديعة الموجودة أو المستهلكة والعارية لأنه إذا غصب أحدهما شيئاً كان ضامناً له والضمان يفيد له تملك الأصل المغصوب فيكون كالتجارة التى ملكها بالشراء . فالدين الذى يلزم بسبب الغصب كالدين الذى يلزم بسبب التجارة فيكون الشريكان مفاوضة متضامنين فى أدائه ومثل الغصب الوديعة

فإذا أودع شخص عند أحد الشريكين شيئاً وأنكره أو استهلكه كان ضامناً له والضمان يفيده الملك فى الأصل فما ثبت فى ذمته يكون متضامناً شريكه معه فيه كالتجارة ومثل ذلك العارية وكذلك إذا كفل أحدهما شخصاً فى مال بإذن صاحبه فإن شريكه يكون متضامناً معه فى دفع ذلك المال .

أما إذا كفل أحدهما شخصاً بنفسه بأمر صاحبه أو كفله بدون إذنه فإن الشريك الآخر لا يلزم بذلك .

وخرج ما لزم أحدهما مما لا يشبه التجارة كدين المهر والخلع والجناية والصلح عن دم العمد والنفقة فإن كل ذلك لا يضمن فيه الآخر .

هذا ولا تبطل الشركة بالشرط الفاسد عند الحنفية وإنما يبطل الشرط ، فلو اشتركا فى شراء حيوان أو عرض تجارة على أن يبيعه أحدهما دون الآخر لم تفسد الشركة ولا يعمل بالشرط . وكذلك إذا اشتركا على أن يدفع أحدهما المال وحده فإن الشرط يكون فاسداً والعقد صحيحاً وهكذا كل شرط فاسد فإنه لا يفسد العقد ولا يعمل به .

المالكية : قالوا الشروط التى تتعلق بالعاقدين ثلاثة وهى — الحرية فلا تصح بين رقيق وحر ولا بين عبدين إلا إذا كان مأذوناً للعبد بالتجارة من سيده ، فانه يكون فى حكم الحر ، والرشد فلا تصح بين سفيهين أو سفيه ورشيد . والبلوغ فلا تصح بين صبيين ولا بين صبى وبالغ فاذا اشترك صبى مع بالغ فلا ضمان على الصبى ومثل ذلك ما إذ اشترك سفيه مع عاقل فانه لا ضمان على السفيه ومثلها العبد مع الحر وهذه الشروط هى شروط صحة التوكيل والتوكل فلا يصح لشخص أن يوكل غيره أو يتوكل عن غيره إلا إذا كان حراً بالغاً رشيداً .

وأما الصيغة فشرطها أن تكون بما يدل على الشركة عرفاً سواء كان بالقول أو بالفعل ومثال الأول أن يقول كل منهما اشتركنا على كذا أو يقول أحدهما ويسكت الآخر أو يقول أحدهما شاركنى ويرضى الآخر ومثال الثانى أن يخلط كل منهما ماله بمال صاحبه ويتجرا ومتى تحققت الصيغة بالقول أو بالفعل لزم عقد الشركة . وإذا أراد أحدهما أن ينفصل عن صاحبه

قبل خلط المالين وامتنع الآخر فليس للأول حق الانفصال إلا إذا بيعت السلع التي اشتراها كلها وظهر رأس المال .

وأما رأس المال فإنه يصح بأمور ثلاثة أحدها النقدان من الذهب والفضة وهذا يشترط فيه ثلاثة أمور .

الأول : أن يتحد ما يدفعه أحدهما بما يدفعه الآخر في الجنس بأن يخرج أحدهما ذهباً والآخر ذهباً مثله أو يخرج أحدهما ذهباً وفضة والآخر كذلك فلا يصح أن يخرج احدهما ذهباً فقط والآخر فضة فقط فإن فعلا ذلك فلكل منهما رأس ماله ويقسمان الربح لكل عشرة واحد .

الثاني : أن يتحد المالان في الصرف والوزن والجودة أو الرداءة فلا يصح أن يختلف في الصرف كأن يصرف جنيه أحدهما مثلا بخمسة وتسعين وجنيه الآخر بتسعين مع اتحادهما في الوزن لأنهما إن اتفقا على إلغاء الزيادة فقد تفاوتا في رأس المال لأن أحدهما في هذه الحالة يدفع أكثر من صاحبه ولم يحسب له ما دفعه والتفاوت مفسد للشركة .. وإن اتفقا على حسبان الزيادة ترتب على ذلك عدم اعتبار للوزن في صرف الذهب بالذهب او الفضة بالفضة وهو ممنوع .

وكذلك لا يصح أن يختلفا في الوزن لما عرفت . أما اختلافهما في الجودة والرداءة بأن كان أحدهما جيدا والآخر رديئاً فإنه لا يصح لأن قيمة الجيد أزيد من قيمة الردىء طبعاً فإن اتفقا على إلغاء تلك الزيادة وقع التفاوت المفسد للشركة وإن اتفقا على حسبان الزيادة فقد اتفقا على إلغاء الوزن وإلغاء الوزن في عيار الذهب والفضة ممنوع .

الأمر الثالث : أن يكون راس مال الشركة من النقدين حاضرا فإذا اشتركا على مال غائب فإنه لا يصح أما إذا كان مال أحدهما حاضرا ومال الآخر غائبا فإن كانت غيبته بعيــــدة بحيث لا يمكن إحضاره في مسافة يومين فإن الشركه لا تصح .

وإذا كان بعض مال أحدهما غائباً وبعضه حاضراً كأن كان معه ألف منها

خمسمائة بيده والباقى مودع فى مكان ثم اشتركا على الألفين فإنه ينبغى تأجيل العمل حتى تحضر الخمسمائة فى مسافة قريبة فإن عملا قبل ذلك كان لصاحب الخمسمائة نصيبه من الربح بنسبة ذلك وهو الثلث فقط .

ثانيها : ان يكون راس المال عيناً من أحدهما وعرض تجارة من الآخر كأن يدفع احدهما نقدا من ذهب أو فضة ويدفع الآخر سلعة من قماش أو قطن او قمح .

ثالثها : أن يكون رأس المال عرض تجارة من الشريكين كأن يدفع أحدهما قطناً والآخر ثياباً او شعيرا او ارزا أو يدفع احدهما قطناً والآخر قطناً كذلك إذ لا فرق أن يكون المال من العرض متحد الجنس أو مختلفه إلا انه لايصح ان يكون رأس المال من كل منهما طعاماً فلا يصح أن يدفع كل واحد قمحاً او شعيرا .. وإنما جازت فى صورة ما إذا كان مال أحدهما طعاما والآخر نقدا أو عرض تجارة، تغليباً لجانبي النقد وعرض التجارة على الطعام .

وعلى كل حال فيشترط فى جعل رأس المال عرض تجارة ان يقوم رأس المال وتعتبر الشركة فيه بالقيمة ثم إن كان عرض التجارة معدودا او مكيلا او موزوناً فتعتبر قيمته بعد بيعه وقبضه لانه إنما يدخل فى ضمان المشترى بالقبض فتعتبر قيمته يوم قبضه ومثل ذلك العرض الغائب غيبة قريبة فإن قيمته تعتبر يوم قبضه وأما غير ذلك فتعتبر قيمته يوم عقد الشركة .

وأما الربح فإنه يشترط فيه أن يكون بحسب نسبة المال فلا يصح لأحدهما ان يأخذ أكثر من نسبة راس ماله الذى دفعه ، وكذلك الخسارة .

ومثل الربح العمل فعلى كل منهما أن يعمل بنسبة رأس ماله فإن اشترطا التفاوت فى الربح أو العمل بطلت الشركة فإذا لم يشرعا فى العمل وظهر لهم بطلان الشركة بذلك فسخ العقد فإذا عملا فى المال واتضح البطلان بعد العمل قسم الربح بينهما على قدر رأس المال الذى دفعه كل منهما .

فإذا كان لأحدهما ثلث المـــال والآخر الثلثان واشتركا على أن يكون لصاحب ثلث المـال نصف الربح ولصاحب الثلثين النصف الآخر فإن لصاحب الثلثين الرجوع على صاحب الثلث بالسدس الزائد على مقدار رأس ماله ولصاحب الثلث الرجوع على صاحب الثلثين بأجر عمله الذى يقابل سدس الربح الذى زيد له وهو سدس أجرة العمل كله .

هذا محصل الشروط المعتبرة فى شركة العقود عامة ، وقد تقدمت الشروط الخاصة بكل نوع على حدة عند تعريفه .

الشافعية : قالوا قد عرفت مـــا تقدم أن القسم الصحيح من أقسام الشركة عند الشافعية هو شركة العنان وأما غيرها فهو باطل وقد عرفت حكمته فيما تقدم وكذلك عرفت أن أركانها أربعة صيغة وشريكان ومال .. ويتعلق بكل ركن منها شروط .

فيشترط فى الصيغة أن تشتمل على ما يفيد الإذن بالتصرف لمن يتصرف منهما بالبيع والشراء ونحوهما فإن كان التصرف من أحدهما يلزم أن تكون الصيغة مشتملة على ما يدل على إذن الآخر إياه بالتصرف وإن كان التصرف منهما معاً لزم أن تشتمل على إذن كل واحد لصاحبه وذلك كأن يقول كل منهما لصاحبه جعلنا هذا المال شركة وأذنتك بالتصرف فيه على سبيل التجارة بيعاً وشراء فيقول الآخر قبلت .. ولا يكفى اشتركنا فقط بل لابد من التصريح بمـــا يدل على الإذن المذكور ،

وأما الشريكان فيشترط فى كل منهما الرشد والبلوغ والحرية فلا يصح عقد الشركة من سفيه أو مجنون أو صبى أو رقيق غير مأذون له وكذلك لا يصح من مكره أو فضولى . ويصح من أعمى على أن يكون المتصرف غيره ويوكل عنه فى القبض بشرط أن يكون أهلا لأن يوكل عنه غيره بأن يكون رشيداً بالغاً .

وأما رأس المـال فيشترط له أمور :

(أولا) أن يكون مثلياً والمراد بالمثلى ما يحصره كيل أو وزن ويجوز فيه السلم . . كالنقدين من الذهب والفضة فإنهما يحصران بالوزن وكالحنطة والشعير

والأرز ونحوها فانها تحصر بالكيل . أما غير ذلك مما لا يكال ولا يوزن من عروض التجارة فإنه لا يصح أن يجعل رأس مال إلا إذا باع أحدهما بعض تجارته ببعض تجارة صاحبه بطريق الشيوع ثم يأذن كل واحد منهما لصاحبه بالتصرف على سبيل التجارة وبذلك يصح جعل عرض التجارة (والجمع عروض) رأس مال سواء اتحد جنسه أم اختلف .

(ثانياً) اختلاط المالين قبل العقد بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر أما خلطهما بعد وقوع العقد فقيل يصح وقيل يمتنع وعلى الثانى فإنه يلزم الشريكين إعادة الصيغة .

(ثالثاً) يشترط اتحاد ما يخرجه كل واحد من المال ببعضه فلا يصح أن يخرج أحدهما ذهباً والآخر فضه وبالعكس وكذلك لا يصح أن يخرج أحدهما فضة من ذات العشرة قروش ويخرج الآخر من ذات الخمسة ونحو ذلك إلا إذا ملكا مالا مختلفا بطريق الهبة أو طريق الميراث فإنه لا يشترط اتحاده وإنما الشرط أن يأذن كل واحد منهما صاحبه فى التصرف بطريق التجارة .

ولا يشترط التساوى فى رأس المال ولا فى العمل على المعتمد ، فيصح أن يكون رأس مال أحدهما أقل من رأس مال صاحبه ويكون عمله الذى يقابل زيادة نصيبه من المال تبرعاً منه لا يستحق عليه شيئاً . نعم يشترط أن يقسم الربح أو الخسارة على قدر المالين سواء تساوى الشريكان فى العمل أو تفاوتا فإذا دفع أحدهما مائة ودفع الآخر خمسين لزم أن يأخذ الثانى ثلث الربح فإن اشترط أقل من ذلك أو أكثر فسد العقد ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمل مثله فى ماله فإذا كانا متساويين فى العمل والمال فيقع عمل أحدهما فى مال صاحبه مقابل عمل الآخر فى ماله ويكون ذلك مفاوضة .

الحنابلة : قالوا تنقسم الشروط فى الشركة إلى ثلاثة أقسام .

الأول : شروط صحيحة لا يترتب عليها ضرر ولا يتوقف العقد عليها كما إذا اشترطا أن لا يبيعا إلا بكذا وأن لا يتجرا فى مكان كذا أو أن لا يسافرا بالمال أو نحو ذلك فهذا كله صحيح لا ضرر فيه .

الثانى : شروط فاسدة لا يقتضيها العقد كاشتراط عدم فسخ الشركة مدة سنة مثلا أو أن لا يبيع إلا برأس المال أو أن لا يبيع لمن اشترى منه ونحو ذلك ، فهذه الشروط لا يترتب عليها فساد العقد ولا يعمل بها .

القسم الثالث : الشروط التى تتوقف عليها صحة العقد وهى أمور : منها أن يكون المالان معلومين للشريكين ، ومنها حضور المالين فلا تصح بمال غائب أو فى الذمة كالمضاربة ، ومنها أن يشترطا لكل واحد جزءاً من الربح معلوماً مشاعاً كالنصف او الثلث ونحوهما ، ومنها غير ذلك من الشروط الواجبة فى المضاربة .

تصرف الشركاء

فى المـــال وغيره

لكل واحد من الشركاء أن يتصرف فى رأس مال الشركة بالبيع والشراء وغيرها على تفصيل فى المذاهب :

الحنفيه — قالوا يختلف حكم تصرف الشركاء باختلاف أنواع الشركة فأما تصرفهم فى شركه المفاوضة فهو على قسمين .

الأول : أن يتصرف كل منهم فى مال الشركة ، الثانى : أن يتصرف كل منهم فيما وقع من شريكه من التعاقد مع الغير فأما الأول فهو على وجوب أن يكون لكل واحد الحق فى أن يبيع بكثير الثمن وقليله إلا إذا كان فى بيعه غبن كثير لا يقع بين الناس عادة فإنه لا يجوز . ولا يجوز له ان يشترى إلا بما هو معروف عند الناس .. وهل يصح له أن يبيع بعرض التجارة أو لابد من البيع بقيمة العرض ؛ أى بالنقود ؟ فى هذا خلاف .

ومنها أن لكل منهم أن يبيع لمن لا تقبل شهادته عليه ، كولد ، ما دام بغير غبن كثير . ومنها أن لكل منهم ان يودع مال الشركة . ومنها أن لكل أن يبيع

ويشترى بثمن مقبوض ومؤجل . ولكل منهم ان يتعاقد عقد سلم بأن يشترى سلعة بثمن حال على ان يقبضها بعد مدة معينة او يبيع سلعة كذلك . .

وخامسها لكل منهم أن يشترى سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها بثمن أقل حالا لينتفع بالمال الذى يقبضه(١).

ومنها ان لكل منهم ان يرهن مال الشركه مقابل دين على الشركة وله ان يرهن مال المفاوضة فى نظير دين عليه خاصة إلا أنه يضمن لشريكه القدر الذى يستحقه فى المال المرهون وإن كانت قيمة المرهون أكثر من الدين الذى عليه فلا يضمن شيئاً ، وإذا رهن مالا خاصاً به فى مقابل دين على الشركة فإن شريكه يكون ضامناً لنصيبه من الدين فيرجع عليه به .

ومنها ان لكل واحد ان يهدى بالمأكول كاللحم والخبز والفاكهة وله ان يولم بشرط أن لا يخرج عن العرف فى ذلك أما الإهداء بغير المأكول كالذهب والفضة فإنه لا يجوز .

ومنها ان لكل منهم أن يسافر بالمال بدون إذن شريكه على الصحيح .

ثم إن كان السفر بإذن شريكه كان له الحق فى الإنفاق على نفسه فى طعامه وإدامه وكرائه من رأس المال إن لم يربح .. فإن ربح حسبت النفقة من الربح .

ومنها أن لكل منهم أن يدفع المال مضاربة كأن يعطى شخصاً مائة ليعمل فيها بجزء من الربح وما بقى من الربح يكون بين الشركاء .. وله أن يأخذ مالا مضاربة ليعمل فيه ولكن ربحه يكون خاصاً به .

ومنها أن لكل منهم أن يشارك الغير شركه عنان ببعض مال الشركة ويجوز عليه وعلى شركائه سواء كان ذلك بإذن شريكه أولا . وليس له أن يشارك الغير شركة مفاوضة إلا بإذن شريكه ولا فرق فى ذلك بين أن يشارك قريباً كأبيه وابنه أو بعيداً .

ومنها أن لكل منهم أن يوكل وكيلا ويدفع إليه بعض المال ويأمره أن

---

(١) شبهة الربا واضحة هنا — راجع للمؤلف « بحوث فى الربا ».

ينفق على التجارة من مال الشركة فإذا عزل الشريك الآخر ذلك الوكيل فإنه ينعزل إذا كان وكيلا فى بيع أو شراء أو تجارة. أما إذا كان وكيلا فى تخليص دين باع به الشريك الموكل سلعة من تجارة الشركة فليس للشريك الآخر عزل ذلك الوكيل لأنه ليس لأحد الشركاء أن يقبض ما باع به واحد منهم أو يخاصم فيه بل الذى يفعل ذلك هو المباشر فقط .. فكذلك ليس لغير المباشر أن يعزل الوكيل .

ومنها أن لكل منهم أن يعير من مال الشركة ولكل واحد من الشركاء أن يمنع صاحبه من عمل شيء من الأوجه التى تقدمت كلها . فإذا نهاه عن فعل واحد منها فى نصيبه وخالفه كان عليه الضمان فإذا قال له لا تسافر بمال فسافر وهلك المال كان عليه دفع نصيب شريكه الذى نهاه عن السفر .

وليس لواحد من الشركاء أن يقرض من مال الشركة بدون إذن صاحبه فإذا فعل ضمن نصيب شريكه ولا تفسد الشركة .

القسم الثانى : تصرف أحد الشركاء فيما يقع منهم من التعاقد مع الغير وهو على وجوه أيضا : منها أنه إذا أقال أحدهما فى بيع باعه الآخر نفذت إقالته على الشركاء . . مثلا إذا باع أحدهم سلعة بمائة فطلب المشترى إقالته منها فأقاله الشريك الذى لم يباشر بيعها نفذت إقالته ومثل البيع السلم .

ومنها أنه إذا باع أحد الشركاء سلعة بثمن مؤجل ثم مات فليس للشريك أن يطالب بغير ما يخصه فإذا كان له النصف ودفعه المدين برئت ذمته أمامه ، والورثة هم الذين يطالبون بنصيب الميت .

ومنها أنه إذا باع أحدهما شيئا ثم وهب الثمن إلى المشترى أو أبرأه فإنه يجوز ، وعليه الضمان . ومنها أنه يجوز لأحد الشركاء أن يؤخر دينا لهم عند الغير حل موعده وينفذ تأخيره على الجميع ، سواء كان المباشر لعقد الدين أحدهما أو هم جميعا

ومنها أنه إذا اشترى أحدهم شيئا كان شركاؤه متضامنين معه فى الثمن فيؤاخذون كما يؤاخذ الذى باشر الشراء ولكل منهم أن يقبض السلعة التى اشتراها أحدهم . وإذا وجد أحدهم لصاحبه ذلك وإذا اشترى أحدهم سلعة وظهر أنها ليست ملكا للبائع

عيبا فى سلعة اشتراها صاحبه فله أن يردها كما لصاحبه ذلك فلكل منهم أن يطالب البائع بثمنها . ومنها أنه إذا أقر أحدهما نفذ إقراره على نفسه وعلى شركائه إلا إذا كان متهما بالنسبة لمن أقر له بأن كان ممن لاتقبل شهادته عليه كأبيه وابنه .

وأما الثانى وهو التصرف فى شركة العنان فهو على وجوه أيضا .. منها أن لكل واحد من الشريكين شركة عنان أن يوكل بالبيع والشراء والاستئجار وللآخر أن يعزل ذلك الوكيل .

أما إذا وكله بتقاضى دين فليس للآخر إخراجه كما تقدم فى شركة المفاوضة وبعضهم يقول إن ذلك خاص بالمفاوضة . وما عدا ذلك فإن كل التصرفات الثابتة لشريك المفاوضة تثبت لشريك العنان وكل ما يمنع منه شريك المفاوضة يمنع منه شريك العنان إلا فى أمور ، منها أن شريك العنان لايملك أن يشارك الغير بدون إذن شريكه فإذا اشترك اثنان شركة عنان فاشترك أحدهما مع ثالث بدون إذن شريكه كان الربح بينهم جميعا على أن يأخذ الثالث نصفه ويقسم النصف بين الشريكين الأصليين وإذا اشترى الذى لم يشارك شيئا كان ربحه خاصا به .

ومنها أنه ليس لشريك العنان الذى لم يباشر البيع أن يرهن عينا من مال الشركة فإذا رهن بدين على الشركة لم يجز وضمن العين المرهونة . وإذا ارتهن عينا بدين لهما على الغير لم يجز على شريكه ، فإن هلك الرهان فى يده وكانت قيمته مساوية للدين فإن حصته تضيع عليه ويرجع شريكه بحصته على المدين صاحب العين المرهونة بنصف قيمة الرهن ولشريكه أن يرجع عليه بما يخصه مباشرة .

أما الشريك المباشر للبيع فإنه يجوز له أن يرهن ويرتهن فإذا اشترى أحدهما عينا بثمن مؤجل ورهن فى مقابل الثمن عينا من مال الشركة فإن له ذلك وينفذ على الشريكين ، أو الشركاء .

المالكية — قالوا لأحد الشريكين — شركة مفاوضة — أن يتصرف فيما يأتى :

أولا : له أن يتبرع بشىء من مال الشركة ليؤلف به قلوب الذين يرجون تجارته ويشبه ذلك ما ينفق على الإعلانات فى زماننا وكذا له أن يتصدق باليسير من مال الشركة كدفع كسرة لفقير . . وله فعل الأشياء اليسيرة المعتادة بين الناس كإعارة آلة ونحو ذلك .

ثانيا : له أن يعطى شخصا مالا من الشركة ليشترى له به بضاعة من بلد كذا وذلك يسمى إبضاعا وهذان من حقوق الشريكين شركة عنان أيضا على أن الإبضاع لا يصح إلا إذا كان مال الشركة واسعاً، وإلا فلا يصح الإبضاع بدون إذن الشركة.

ثالثاً : لأحد المتفاوضين أن يودع مال الشركة عند من يراه أميناً لعذر يقتضى الإيداع فإن أودع بغير عذر ضمن .

رابعاً : له أن يشارك فى جزء معين من المال شركة مفاوضة أو شركة عنان بحيث لا يكون للشريك الجديد إلا العمل فى الحيز الذى عينه ، فلو عمل فى كل مال الشركة .. بدون إذن الشريك الأول فإنه لا يصح.

خامساً : له أن يعطى بعض المال لشخص مضاربة إذا كان المال متسعاً يحمل ذلك .. وإلا فلا يصح بدون إذن شريكه أيضاً .

سادساً : له أن يقيل من سلعة باعها هو أو شريكه إن كان فى ذلك فائدة للتجارة وإلا لزمه للشريك قدر حصته .

سابعاً : له أن يقبل السلعة التى بها عيب سواء اشتراها هو أو شريكه بغير إذن شريكه . هذا وإن لأحد الشريكين أن يفعل كل هذه الأمور من الأول إلى السابع وإن نهى شريكه عنها وامتنع من قبولها .

ثامناً : له أن يقر بدين على الشركة ويؤخذ من مال الشركة ويلزم شريكه أن يدفع ما يخصه ولكن بشروط ثلاثة : أحدها أن يصدقه المقر له على ذلك ، فإذا

عيبا فى سلعة اشتراها صاحبه فله أن يردها كما لصاحبه ذلك فلكل منهم أن يطالب البائع بثمنها . ومنها أنه إذا أقر أحدهما نفذ إقراره على نفسه وعلى شركائه إلا إذا كان متهما بالنسبة لمن أقر له بأن كان ممن لاتقبل شهادته عليه كأبيه وابنه .

وأما الثانى وهو التصرف فى شركة العنان فهو على وجوه أيضا .. منها أن لكل واحد من الشريكين شركة عنان أن يوكل بالبيع والشراء والاستئجار وللآخر أن يعزل ذلك الوكيل .

أما إذا وكله بتقاضى دين فليس للآخر إخراجه كما تقدم فى شركة المفاوضة وبعضهم يقول إن ذلك خاص بالمفاوضة . وما عدا ذلك فإن كل التصرفات الثابتة لشريك المفاوضة تثبت لشريك العنان وكل ما يمنع منه شريك المفاوضة يمنع منه شريك العنان إلا فى أمور ، منها أن شريك العنان لايملك أن يشارك الغير بدون إذن شريكه فإذا اشترك اثنان شركة عنان فاشترك أحدهما مع ثالث بدون إذن شريكه كان الربح بينهم جميعا على أن يأخذ الثالث نصفه ويقسم النصف بين الشريكين الأصليين وإذا اشترى الذى لم يشارك شيئا كان ربحه خاصا به .

ومنها أنه ليس لشريك العنان الذى لم يباشر البيع أن يرهن عينا من مال الشركة فإذا رهن بدين على الشركة لم يجز وضمن العين المرهونة . وإذا ارتهن عينا بدين لهما على الغير لم يجز على شريكه ، فإن هلك الرهان فى يده وكانت قيمته مساوية للدين فإن حصته تضيع عليه ويرجع شريكه بحصته على المدين صاحب العين المرهونة بنصف قيمة الرهن ولشريكه أن يرجع عليه بما يخصه مباشرة .

أما الشريك المباشر للبيع فإنه يجوز له أن يرهن ويرتهن فإذا اشترى أحدهما عينا بثمن مؤجل ورهن فى مقابل الثمن عينا من مال الشركة فإن له ذلك وينفذ على الشريكين ، أو الشركاء .

المالكية — قالوا لأحد الشريكين — شركة مفاوضة — أن يتصرف فيما يأتى :

أولا : له أن يتبرع بشىء من مال الشركة ليؤلف به قلوب الذين يرجون تجارته ويشبه ذلك ما ينفق على الإعلانات فى زماننا وكذا له أن يتصدق باليسير من مال الشركة كدفع كسرة لفقير . . وله فعل الأشياء اليسيرة المعتادة بين الناس كإعارة آلة ونحو ذلك .

ثانيا : له أن يعطى شخصا مالا من الشركة ليشترى له به بضاعة من بلد كذا وذلك يسمى إبضاعا وهذان من حقوق الشريكين شركة عنان أيضا على أن الإبضاع لا يصح إلا إذا كان مال الشركة واسعاً، وإلا فلا يصح الإبضاع بدون إذن الشركة.

ثالثاً : لأحد المتفاوضين أن يودع مال الشركة عند من يراه أميناً لعذر يقتضى الإيداع فإن أودع بغير عذر ضمن .

رابعاً : له أن يشارك فى جزء معين من المال شركة مفاوضة أو شركة عنان بحيث لا يكون للشريك الجديد إلا العمل فى الحيز الذى عينه ، فلو عمل فى كل مال الشركة .. بدون إذن الشريك الأول فإنه لا يصح.

خامساً : له أن يعطى بعض المال لشخص مضاربة إذا كان المال متسعاً يحتمل ذلك .. وإلا فلا يصح بدون إذن شريكه أيضاً .

سادساً : له أن يقيل من سلعة باعها هو أو شريكه إن كان فى ذلك فائدة للتجارة وإلا لزمه للشريك قدر حصته .

سابعاً : له أن يقبل السلعة التى بها عيب سواء اشتراها هو أو شريكه بغير إذن شريكه . هذا وإن لأحد الشريكين أن يفعل كل هذه الأمور من الأول إلى السابع وإن نهى شريكه عنها وامتنع من قبولها .

ثامناً : له أن يقر بدين على الشركة ويؤخذ من مال الشركة ويلزم شريكه أن يدفع ما يخصه ولكن بشروط ثلاثة : أحدها أن يصدقه المقر له على ذلك ، فإذا

كذبه فلا يلزم شريكه شيء . ثانياً أن يكون المقر له ليست بينه وبين المقر علاقة توجب اتهامه فى إقراره كأبويه وابنه فإذا أقر الواحد منهم بدين فإنه لا يلزم شريكه ويكون مسئولا عنه المقر فقط . ثالثها أن يكون الإقرار لمن لا يتهم بالنسبة له حال قيام الشركة فإن أقر بعد فض الشركة وصدقه المقر له لزمه أن يدفع له نصيبه الذى يخصه ثم يعتبر شاهداً بالنسبة لنصيب شريكه ويحلف هو وصاحب الدين الذى أقر له وبعد ذلك يلزم الشريك أن يدفع ما يخصه .

تاسعا : له أن يبيع بالدين بغير إذن شريكه وليس له أن يشترى بالدين بغير إذنه ، فان فعل خير شريكه بين القبول والرد وفى حالة الرد يكون الثمن على المشترى خاصة ولا فرق فى ذلك بين أن تكون السلعة التى اشتراها بالدين معينة بينهما بأن قال له اشتر السلعة الفلانية أو لم تكن معينة كأن قال له كل سلعة أعجبتك فاشترها .. فإذا أذنه شريكه فى شراء سلعة معينة بالدين فإنه لا يصح .. لأنها تكون من باب شركة الذمم وهى ممنوعة عندهم كما تقدم .

عاشرا : لأحد المتفاوضين أن يأخذ مالا من شخص آخر غير شريكه ليتجر له فيه مضاربة ويكون ربحه خاصا به لا شيء منه لشريكه بشرط أن لا يشغله العمل فيه عن العمل للشركة الأولى، أو يأذن له شريكه إذا كان يشغله ، ومثل ذلك ما إذا اتجر أحدهما فى وديعة عنده فإنه يكون له ربحها وعليه خسارتها بلا دخل لشريكه إلا إذا علم شريكه بذلك ولم يمنعه فإنه يكون متضامنا معه فى ربحها وخسارتها .

الشافعية : قالوا لكل واحد من الشركاء أن يتصرف بما يناسب المصلحة فلا يصح لأحدهم أن يتصرف تصرفا يعود بالضرر على باقى الشركاء فلو اتفق أحد الشركاء مبدئيا على بيع سلعة ثم وجد من يشتريها بثمن أكثر من ثمن مثلها فإنه يجب عليه نقض ذلك الاتفاق لمصلحة شركائه . وإذا باع سلعة بشرط الخيار ثم وجد من يرغب فيها بثمن زائد قبل انقضاء مدة الخيار فإنه يتعين عليه فسخ العقد وبيعها بالزائد المصلحة . وليس لأحدهم أن يبيع بالدين ولا بنقد غير متداول ببلده أو بنقد أقل سعرا من نقد بلده لأن فى ذلك ضررا لمصلحة شركائه وكذلك ليس له أن يبيع بغبن كثير لا يقع مثله عادة بين الناس ولا أن يسافر بمال الشركة بغير ضرورة ما لم يأذن له فى ذلك كله شركاؤه .. فإذا أذنوا فعل ولا ضمان عليه

وإلا فعليه الضمان ثم إن كان قد باع بالدين أو بغير نقد البلد الذى يتعامل به فيها أو بغبن كثير لا يصح البيع فى نصيب شريكه ويضمنه بالتسليم أما نصيبه هو فقيل يصح البيع فيه بناء على القول بجواز تجزئة العقد بأن يكون صحيحاً فى بعض العين المبيعة وفاسدا فى البعض الآخر ويسمى ذلك (تفريق الصفقة) وقيل لا يصح أيضاً كما لا يصح فى نصيب الشريك بناء على القول بعدم جواز ذلك .. وعلى الأول يكون المشترى شريكا للشريك الأصلى لإنه يملك نصيب الشريك الذى باع له .. أما على الثانى فالبيع كله باطل .

وليس لأحد الشركاء أن يعطى شيئا من مال الشركة ليشترى به بضاعة بدون أجر (ويسمى ذلك إبضاعا) إلا بإذن شركائه .. هذا وعقد الشركة جائز لكل من الشريكين فسخه متى شاء فلو فسخه الشريكان جميعا انعزلا عن العمل .

أما إذا عزل أحدهما صاحبه فإن عزله ينفذ ويبقى هو فى العمل حتى يعزله صاحبه أيضاً وتفسخ الشركة بموت أحدهما وجنونه دائما .

الحنابلة : قالوا يجوز لأحد الشركاء أن يفعل الأمور التى تجوز فى المضاربة ويمتنع عليه ما يمتنع فيها .

إذا ادعى أحد الشركاء تلف المال ونحو ذلك

الأصل أن الشريك أمين فى المال والأمين ينبغى أن يصدق فيما يدعيه وذلك هو الأساس الأول الذى تحث شريعتنا المطهرة على اعتباره فى عقد الشركة.. فتى اختل ذلك الأساس فقد انهارت الشركة وفشل الشركاء فى كل ما يقومون به من الأعمال صغيرا كان أو كبيرا ومن أجل ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يقول الله أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان خرجت من بينهما » رواه أبو داود والحاكم وقال صحيح الإسناد .

ومعنى ذلك أن الله سبحانه لا يزال عونا للشريكين مادام كل منهما أمينا على مال

صاحبه لايخونه فى كثير منه ولا قليل فإذا سولت له شهوته الفاسدة أن يخون صاحبه رفع الله تلك المعونة . ومن يكن الله عوناً له لابد أن ينجح فى عمله ويفوز بأحسن ثمراته إن عاجلا وإن آجلا .. أما الذى لايعينه خالقه فهو خاسر لا محالة ومعرض للهلاك فى الدنيا والآخرة .. فالأمانة هى أساس نجاح الشركاء والخيانة أساس فشلهم وخسارتهم جميعاً وذلك مشاهد محس لا يحتاج إلى دليل فإنك ترى كثيراً من الشركات لا تلبث أن تمحى آثارها رغماً من مساعدة الظروف إياها بينما الشركات التى أقل منها مالا وأرق حالا تستمر وتنمو وما ذلك إلا لحرص الشركاء على تنفيذ شروطهم كاملة وتمسكهم بالأمانة فى كل شأن من شئونهم وبعدهم عن الخيانة فى جميع الأحوال .

وإذ كان ذلك كذلك فكل ما يدعيه أحد الشركاء من خسارة وربح ونحوها يصدق فيه .. على تفصيل فى المذاهب :

١ — الحنفية : قالوا كل ما يدعيه أحد الشركاء فى مقدار الربح والخسران وفقد المال والدفع لشريكه فإنه يصدق فى قوله بعد أن يحلف اليمين حتى ولو ادعى أنه دفع مايخص شريكه بعدموته فإن القول قوله بيمينه.. ألا ترى أن من وكل شخصاً فى أن يقبض وديعة له عند آخر ثم مات الموكل فادعى الوكيل أنه قبضها قبل أن يموت الموكل وهلكت فى يده قبل أن يعطيها له وهو أمين لا ضمان عليه فإنه يصدق ولو أنكرت الورثة .. وكذلك إذا قال دفعتها إليه فإنه يصدق أما إذا وكله فى قبض دين ثم مات الموكل وادعى الوكيل تلك الدعوى فإنه لا يصدق ولا تبرأ ذمة المديون بذلك ...

وذلك لأن الدين شاغل لذمة المدين فإذا دفعه لصاحبه فقد شغل ذمته به فيثبت للمديون فى ذمة الدائن مثل ما ثبت للدائن فى ذمته فتقابل كل منهما بالآخر قصاصاً وهذا هو معنى قولهم إن الديون تقضى بأمثالها وفى ذلك تضمين للميت وإيجاب الضمان على الغير لا يصدق فيه الوكيل وإنما يصدق فى نفى الضمان عن نفسه . ولهذا لا يضمن الوكيل الدين ولا يرجع عليه المديون بشىء ... وبالجملة فالوكيل إذا ادعى أمراً فيه نفى الضمان عن نفسه صدق أما إذا ادعى ما فيه إيجاب الضمان على الغير فإنه لا يصدق .

ويضمن الشريك بالتعدى لأن الأمين إذا تعدى ضمن كما يضمن بموته من غير أن يبين نصيب شريكه فإذا اشترك اثنان وباع أحدهما تجارة بالدين ولم يبين نصيب شريكه قبل موته فإن على الورثة دفع نصيبه ولو ضاع عند المدين .. أما إذا بينه فلا ضمان . وإذا نهى أحد الشركاء شريكه عن البيع بالدين فباع نفذ البيع فى نصيب البائع ووقع موقوفا فى حصة شريكه فإن أجازه فالربح بينهما وإن لم يجز فالبيع فى حصته باطل وحكم ما إذا نهاه عن السفر فلم يمتثل . . حكم المضارب الذى يفعل ذلك وقد تقدم .

المالكية — قالوا إذا ادعى أحد الشركاء التلف لمـــال الشركة بآفة سماوية أو خسر العمل فيه تجارة وأنكر شريكه عليه ذلك وادعى عليه أنه أخفاه ولم يحصل تلف ولا خسار .. فلا يخلو إما أن تقوم القرائن على كذبه فى دعواه التلف والخسر كأن يكون مع جماعة لا يخفى عليهم التلف ولم يسمعوا عنه أو تكون السلعة رابحة لا يمكن أن تخسر أولا تقوم القرائن على ذلك وعلى كل حال فالقول للمنكر .. ثم إن قامت القرائن على كذب المدعى ضمن المال وإن لم تقم القرائن حيث لا بينة ولا دليل فإنه يحلف على أنه حصل الخسار بالتلف .

وإذا ادعى أحد الشركاء أنه اشترى سلعة لنفسه أو لعياله وأنكر شريكه ذلك وقال هى للشركة .. فإن كانت تلك السلعة تليق به وبعياله بأن تكون طعاماً أو لباساً فإن القول للمدعى بلا يمين .

أما إذا كانت لا تليق به فإنه لا يصدق ويرد ما اشتراه للشركة .

وإذا أدعى أحدهما أن له ثلثى المال وادعى الآخر أن لكل واحد نصفه فالقول لمن أدعى النصف فيقسم بينهما نصفين بعد حلفهما .. وبعضهم يقول إنه يعطى لمدعى الثلثين النصف ولمدعى النصف الثلث ويقسم السدس المتنازع فيه نصفين فيأخذ صاحب الثلث ثلثاً ونصف سدس ويأخذ صاحب الثلثين نصفاً ونصف سدس فإذا كان التنازع بين أكثر من اثنين قسم المال بحسب الرؤوس .

وإذا ادعى أحد الشريكين على شىء رآه بيد شريكه أنه من مال الشركة فأنكر الآخر ذلك وقال إنه خاص بى فإن ذلك يحتمل أمرين : الأول أن تقوم

بينة على أنهما يتصرفان تصرف شركاء المفاوضة أو أنهما أقرا بالمفاوضة . . أو أن الشركة قد وقعت على يدهما ولا بينة للمنكر .

الثانى : أن يأتى المنكر ببينة تشهد بأن هذا المال قد ورثه المنكر أو وهب له أو نحو ذلك.. وفى هذه الحالة يكون المال للمنكر خاصة سواء شهدت بأنه جاءه قبل الشركة ولم يدخل فيها أو قالت إنها لا تعلم إن كانت المفاوضة قبله أو قالت إنها كانت المفاوضة قبله أو هو قبلها .

أما إذا قالت (البينة) إن الشركة قبل المال ولم تشهد بعدم دخوله فيها فإنه يكون للشركة ،

الشافعية — قالوا الشريك أمين على مال الشركة فكل ما يدعيه أحد الشريكين من الربح والخسران ورد بعض المال لشريكه فإنه يصدق فيه .. وأما إذا ادعى تلف المال ففيه تفصيل وذلك لأنه إذا ادعى تلفه بدون أن يعرف له سبباً أو بسبب خفى كالسرقة فإنه يصدق بلا يمين ،

أما إذا ادعى تلفه بسبب ظاهر كالحريق فإنه لا يصدق إلا إذا أقام البينة على حصول الحريق وأن مال التجارة حرق به .

وأما إذا عرف الحريق ولم يعرف أن مال التجارة احترق به فإنه يصدق بيمينه وإذا ادعى أحد الشريكين بأنه اشترى هذه السلعة للشركة ، وادعى الآخر بأنه اشتراها لنفسه لما فيها من زيادة فى الثمن أو العكس صدق من كان المال فى يده . وإذا ادعى من فى يده المال أنهما اقتسماه وما فى يده خاص به وأنكر شريكه فالقول فى هذه الحالة للمنكر لأن الأصل عدم القسمة .

الحنابلة — قالوا الشريك بالنسبة لشريكه أمين لأنه كالوكيل فالقول قوله فى رأس المال وفى قدر الربح وفى أنه ربح أو لم يربح وفيما يدعيه من هلاك إلا إذا كان للآخر بينه تشهد بخلاف ذلك وإن ادعى التلف بسبب ظاهر كلف ببينة تشهد به ثم حلف أنه تلف به .. والقول قوله فيما اشتراه لنفسه أو للشركة ونحو ذلك .

المبحث الثانى

العقـــود

* فى المقدمة العامة للبحث .. جاء ذكر العقود ، بمناسبة الكلام عن « الزكاة » وللقارىء أن ينظر مرة أخرى فيما ذكرناه فى المقدمة ، لأن فيه إضافة غير واردة هنا .

* وفى الصفحات التالية سرنا على النهج المعتمد .. ابتداء بمعاجم اللغة .. وكتب التفسير والحديث .. ثم مراجع الفقة .. كـــل ذلك قدر الطاقة ، والله المستعان ...

العقود

حين نريد تفسير معنى كلمة العقود وتوضيح مدلولها فإنه يتحتم بالضرورة أن نرجع إلى كتب اللغة أولا :

ففى لسان العرب جاء : والعقد .. العهد والجمع عقود وهى أوكد العهود ويقال عهدت إلى فلان فى كذاوكذا، وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه، فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق . والمعاقدة : المعاهدة . وعاقده عاهده ، وتعاقد القوم : تعاهدوا ، وقوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) قيل هى العهود ، وقيل هى الفرائض التى ألزموها . وقال الزجاج أوفوا بالعقود التى عقدها الله تعالى عليهم ، والعقود التى يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين(١) .

فإذا قرأنا مدلول المادة (عقد) فى المصباح المنير وجدناه يقول :

عقدت الحبل عقدا من باب ضرب فانعقد ، والعقدة مايمسكه ويوثقه . ومنه قيل عقدت البيع ونحوه ، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد ، وللتوكيد ، وعاقدته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته ، ومعقد الشىء مثل مجلس موضع عقده ، وعقدة النكاح وغيره إحكامه وإبرامه ، والعقد بالكسر القلادة والجمع عقود ، مثل حمل وحمول واعتقدت كذا عقدت عليه القلب والضمير حتى قيل العقدة مايدين به الإنسان(٢) .

معنى العقود فى أقوال المفسرين :

تناول المفسرون هذا حين تعرضوا لتفسير قوله تعالى : (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)(٣) ونحن نذكر طرفا من أقوال بعضهم على سبيل المثال بالقدر

---

(١) لسان العرب / ج ٣ / ص ٢٩٧ .
(٢) المصباح المنير / ص ٥٧٥
(٣) سورة المائدة / ١

فإذا جئنا إلى الالوسى صاحب روح المعانى وجدناه هو الآخر يسير فى نفس الخط إذ يذكر الدلالة اللغوية لكلمتى الوفاء والعقود ، ثم يأخذ فى سرد ما حكاه الطبرى نقلا عنه وتلخيصاً لما حكاه الطبرى ، ثم يقرر ما يراه فى تأويل هذه الآية فيقول : « واختار بعض المفسرين أن المراد بها يعم جميع ما ألزمه الله تعالى عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية ، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به . ويحمل الأمر على مكان الطلب ندبا أو وجوبا ويدخل فى ذلك اجتناب المحرمات والمكروهات لأنه أوفق بعموم اللفظ إذ هو جمع محلى باللام وأوفى بالفائدة »[1]

أما أبو بكو الجصاص صاحب كتاب أحكام القرآن فيزيد الأمر وضوحاً حين يقول : « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه لأن العقد إذا كان فى أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الإيمان والعقود عقود المبيعات ونحوها فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه ، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى فى المستقبل من الأوقات ، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد منهما[2] قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به . . والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً لما وصفنا من قتضائه الوفاء بما شرطه كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه ، وكذلك العهد والإيمان لأن معطها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه فى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقد »[3] .

---

(١) روح المعانى / جـ ٦ ص ٤٨

(٢) يقصد بقوله « منهما » طرفى العقد

(٣) أبو بكر الجصاص (٣٧٠ هـ) أحكام القرآن جـ ٢ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ طبعة ١٣٣٥ هـ .

المبحث الثالث

الضـــمان

* إذا كانت التشريعات الوضعية قد استحدثت من التفصيلات ما يقلل احتمال الخلاف بين الناس (ومن ذلك : قوانين الإجراءات) فإن الأصول التى قامت عليها العقود الشرعية قد جاءت كاملة وثابتة ... ومنها يستقى رجال التشريع الوضعى .

* وعقود الضمان وغيرها .. دليل واضح على صحة ما نقول به ولقد سرنا فى عرض هذا العقد ، فى دوره ، بإيجاز ، على نهج السلف الصالح بوصفهم شيوخ الأجيال وأساتذتها . . فذكرنا طرفاً من المعانى اللغوية ثم الأحكام ، وفقا لما ورد بكتب الفقه المعتمدة فى المذاهب الكبرى .

تمهيد للبحث فى الضمان

الضمان فى اللغة[١]

جاء فى لسان العرب

الضمين : الكفيل ، وضمن الشىء وبه ضمنا وضمانا : كفل به — وضمنه إياه : كفله — وفلان ضامن وضمين وكافل وكفيل ... وفى الحديث : من مات فى سبيل الله فهو ضامن على الله أن يدخل الجنة (أى ذو ضمان على الله).

ضمن الشىء : ضمانا كفله[٢]

ضمنته الشىء تضمينا فتضمنه مثل غرمته — ضمنه : أودع فيه وأحرز (هذا فى لسان العرب ومثله فى القاموس) وكل شىء أحرز فيه شىء فقد ضمنه .

المضامين : ما فى بطون الحوامل — ضمن الشىء : بمعنى تضمنه . مضمون الكتاب كذا وكذا . (وفى الحديث : الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن) أراد بالضمان هنا الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة لأنه يحفظ على القوم صلاتهم .

ضمنت الشىء أضمنه ضمانا : فأنا ضامن وهو ضمين

جاء فى القاموس المحيط . . ضمان : رد مثل الشىء الهالك أو قيمته .

والضمان الحب . ومضمون اسم .

وجاء فى دائرة معارف القرن الرابع عشر هـ - العشرين م[٣]

---

(١) جـ ٥ ص ٢٥٦ طبعة بيروت .

(٢) القاموس المحيط جـ ٤ ص ٢٤٠

(٣) دائرة المعارف — وجدى جـ ٥ ص ٦٥ .

الضمان : يطلق اليوم ويراد به الكفالة فى القانون المصرى .

وضمنت المال وبه ضمانا فأنا ضامن وضمين : التزمته[١] .

ويتعدى بالتضعيف فيقال : ضمنته المال : ألزمته إياه . قال بعض الفقهاء : الضمان مأخوذ من الضم وهو غلط من جهة الاشتقاق ، لأن نون الضمان أصلية والضم ليس فيه نون فهما مادتان مختلفتان. وضمنت الشيء كذا : جعلته محتويا عليه فتضمنه أى فاشتمل عليه واحتوى .

ومنه : ضمن الله أصلاب الفحول النسل فتضمنته وحوته ، ولهذا قيل الولد الذى يولد مضمون ، وتضمن الغيث النبات أخرجه وأزكاه — انتهى عن المصباح .

---

(١) المصباح المنير ج ٢ ص ٤٣٠ .

الضمان فى القرآن الكريم

لم يرد فى القرآن الكريم مادة ض م ن — ولكن ورد فيه — كفل — التى هى بمعنى ضمن والآيات هى :

١ — ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك ، وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون — ٤٣ آل عمران .

٢ — إذ تمشى أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله فرجعناك إلى أمك كى تقر عينها ولا تحزن — ٢٩ طه .

٣ — وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون (١٢ — القصص) .

٤ — إن هذا أخى له تسع وتسعون نعجة ولى نعجة واحدة فقال أكفلنيها وعزنى فى الخطاب (الآية ٢٣ من سورة ص) .

٥ — وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون (٦٠ النحل) .

الضمان فى الفقه الإسلامى

تعريف الضمان عند المالكية :

هو : التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره ، أو طلبه ممن عليه لمن هو له بما يدل عليه .

وأركانه خمسة : ضامن ، ومضمون ، ومضمون له ، ومضمون به ، وصيغة . . . وهذه الأركان تؤخذ بوضوح من التعريف فإن قوله : التزام مكلف هو الضامن . وقوله ديناً : هو المضمون به . وقوله ممن عليه : هو المضمون . وقوله لمن هو له : هو المضمون له . وقوله بما يدل عليه : هو الصيغة أى النص الذى يدل على الالتزام المذكور من صيغة لفظية كأنا ضامن ، أو غيرها كإشارة مفهومة أو كتابة .

أقسام الضمان ثلاثة :

١ — ضمـــان المال[1] .

٢ — ضمان الوجــــه .

٣ — ضمان الطلب .

ضمـــان الوجه :

هو التزام الإتيان بالمدين وقت الحاجة وهو وقت حلول الأجل فلا يصح إلا إذا كان على المضمون دين ولا يصح فى قصاص ونحوه كحد وتعزير . . ويبرأ ضامن الوجه بتسليم المضمون إلى المضمون له فى مكان يقدر رب الدين على خلاصه من الدين فيه . أو بتسليم المضمون نفسه لرب الدين إن أمره الضامن بذلك .

ضمان الطلب :

هو التزام طلب الغريم والتفتيش عنه والدلالة عليه من غير إحضار ، ولا غرم على الضامن فيه إلا إذا فرط فى الإتيان به أو الدلالة عليه .. ولهذا لم يصح ضمان

---

(١) ضمان المال هو المقصود ، ويتضح من الكلام عما يليه

الوجه فى غير المال وصح ضمان غير المال فى الطالب وإن كان فى قصاص أو تعزير .

صيغته : إما بلفظ صريح ، وإما بصيغة ضمان الوجه مع شرط نفى المال : كأنا حميل(١) بطلبه ، أولا أضمن إلا الطالب .

مثال اشتراط نفى المال تصريحا : لا أضمن إلا وجهه .

هذا : والضامن لا يلزمه الطلب للمضمون إن جهل موضعه أو بعد .. وعليه الطلب بما يقوى عليه فى البلد وما يقرب منه ، وإن وكل غرم ، ويغرم أيضا إن فرط فى الإتيان به أو فى الدلالة عليه .

الضمان عند الشافعية

الضمان لغة : الالتزام . وشرعا يقال للالتزام بحق ثابت(٢) فى ذمة الغير أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونه ، ويقال للعقد الذى يحصل به ذلك .. ويسمى الملتزم لذلك ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وصبيرا ، قال الماوردى غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل فى الأموال ، والحميل فى الديات ، والزعيم فى الأموال العظام ، والكفيل فى النفوس ، والصبير فى الجميع ، وكالضمين فيما قاله الضامن ، وكالكفيل الكافل ، وكالصبير القبيل .

وقال بن حبان فى صحيحه : والزعيم لغة أهل المدينة ، والحميل لغة أهل مصر . والكفيل لغة أهل العراق » والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى : سلهم أيهم بذلك زعيم ، وقوله ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ، وكان حمل البعير معروفا عندهم .

أقسام الضمان :

الضمان على ثلاثة أقسام(٣) :

---

(١) الحميل هو الكفيل ، وفى الحديث « الحميل غارم »

(٢) اسنى المطالب للانصارى جـ ٢ ص ٢٣٥ فقه شافعى .

(٣) أسنى المطالب للانصارى جـ ٢ ص ٢٤٠ فقه شافعى .

أولها : يتعلق بالذمة فقط

ثانيها : يتعلق بالذمة والعين كما إذا قال ضمنت دينك على أن أؤديه من هذه العين .

ثالثها : يتعلق بالعين فقط كما إذا قال ضمنت دينك فى هذه العين .

أركان الضمان :

أركانه خمسة :

١ — المضمون عنه ولا يشترط رضاه فيصح الضمان عن الميت وكذا عمن لم يعرفه الضامن ولو بعينه .

٢ — المضمون له — المستحق الدين — ومعرفته بأن يعرف الضامن عينه وهذا شرط لتفاوت الناس فى استيفاء الدين تشديداً وتسهيلا ولا يشترط رضاه ولو ضمن أو قضى شخص دينا على رجل بإذن ، لزم رب الدين قبول المال الذى يؤديه له الشخص المذكور .

٣ — الضامن وشرطه : صحة العبارة ، وأهلية التبرع منه فلا يصح ضمان غير المكلف ولا المكره والمحجور عليه بسفه .

ويصح الضمان ممن حاز شرطه ولو بإشارة الأخرس المفهمة وكتابته عند القرينة المشعرة بذلك الضمان ، وتصح كتابة ناطق نوى بها الضمان .

٤ — الحق المضمون : ويشترط فى صحة الضمان كونه ثابتا لازما معلوما معينا يصح التبرع به .

٥ — صيغة الالتزام : لتدل على الرضا لفظاً وكتابة وإشارة (للأخرس) .

ما يبطل الضمان :

١ — شرط الخيار للضامن .

(٢) التوقيت : كضمنت إلى رجب

(٣) التعليق بوقت أو غيره كقوله إذا جاء رجب أو إن لم يؤد المالك غدا فقد ضمنت .

(٤) شرط زيادة على المال ولاتحسب الزيادة من الدين كأن ضمن رجلا بألف وشرط للمضمون له أن يعطيه كل شهر درهما لا يحسبه من الدين[1].

بحث المضمونـــات :

المضمونات أنواع[2] :

١ ــ الغصب ٢ ــ الإتلاف بلا غصب . . وسيتلو الباقى بفروعه

الغصـــب :

المثل فى المثلى والقيمة فى المتقوم لا أعلم فيه خلافا .

ما هو الغصب ؟ الغصب شرعا أخذ مال مقوم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل فى العين .

حكمه : الإثم . . موجبه : يجب على الغاصب رد المغصوب لوكان قائما فى مكان غصبه لتفاوت القيم باختلاف الأمكنة ، وأجرة الرد على الغاصب ، وإن كان هالكا ولو بآفة سماوية أو عجز عن رده بأن كان عبدا فأبق ونحوه ، فعليه مثله . . ولو كان مثليا (كالمكيل والموزون) وانقطع المثيل فعليه قيمته أ هـ.

النوع الثانى : الإتلاف بلا غصب وهو كذلك . . وخرج عنه صور :

١ ــ المثلى الذى خرج مثله عن أن تكون له قيمة ، كمن غصب أو أتلف ماء فى مفازة ثم اجتمعا على شط نهر أو فى بلد أو أتلف عليه فى الصيف واجتمعا

---

(١) شبهه الربا هنا واضحة (المؤلف)

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٥٦ .

فى الشتاء فليس للمتلف بدل المثل بل يضمن قيمة المثل فى مثل تلك المفازة أو فى الصيف .

٢ ــ الحلى ، أصح الأوجه أنه يضمن مع صنعته(١) بنقد أهل البلد وإن كان من جنسه ولا يلزم من ذلك الربا لأنه يجرى فى العقود لا فى الغرامات .

٣ ــ الماشية إذا أتلفها المالك كلها بعد الحول وقبل إخراج الزكاة فإن الفقراء شركاؤه ويلزمه حيوان آخر . لا قيمته .

٤ ــ طم الأرض كما جزم به الرافعى .

٥ ــ إذا هدم الحائط لزمه إعادته ، لا قيمته ، وبمثل ذلك قال صاحب مجمع الضمانات (٢) .

٦ ــ اللحم فإنه يضمن بالقيمة . صححه الرافعى فى باب الأضحية وذكر صاحب مجمع الضمانات(٣) : رجل اشترى أضحية وأمر رجلا بذبحها وقال تركت التسمية عمداً . . ضمن الذابح قيمة الشاة .

٧ ــ الفاكهة أنها مثلية والأصح أنها تضمن بالقيمة وبمثل ذلك قال أبو يوسف من الأحناف حيث رد هذا وأمثاله إلى العرف .

٨ ــ لو صار المتقوم مثليا بأن غصب رطباً وقلنا إنه متقوم فصار تمراً وتلف .. فيها خلاف .

النوع الثالث :

المبيع : إذا تقايلا وهو تالف وفيه : المثل فى المثلى ، والقيمة فى المتقوم جزم به الشيخان .

---

(١) هذا رأى حسن ، ذهب إليه ابن قيم الجوزية فهو يرى أن الزيادة من أجل « الصنعة » لاتحمل شبهة الربا وإن ترتب على ذلك قدر من التفاوت فيما بين الموزونات من المعادن مثلا ــ ثم يقول ابن قيم الجوزية ما معناه : وإلا بارت الصنائع وهلكت الصناعات .

(٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٢٦ . (٣) مجمع الضمانات ص ٩

النوع الرابع :

الثمن إذا تلف ، ورد المبيع بعيب أو غيره : فيه المثل فى المثلى والقيمة فى المتقوم .

النوع الخامس :

اللقطة : إذا جاء بها مالكها بعد التملك وهى تالفة : فيها المثل فى المثلى والقيمة فى المتقوم . (١)

النوع السادس :

المبيع إذا تخالفا وفسخ وهو تالف : أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه ، والمشهور وجوب المثل فى المثلى .

النوع السابع :

المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف : أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه .

النوع الثامن :

القرض : وفيه المثل فى المثلى وكذا فى المتقوم على الأصح .. واستثنى الماوردى نحو الجوهر والحنطة المختلطة بالشعير بضمان القيمة .

النوع التاسع :

العارية : أطلق الشيخان وجوب القيمة فيها فشمل المتقوم والمثلى .

العارية(٢) أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن المستعير عندنا ، خلافاً للشافعى ومحل الخلاف أن تهلك فى غير حالة الانتفاع . أما لو هلكت فى حالة الانتفاع لم يضمن بالإجماع . ذكره فى الحقائق .. واشتراط الضمان على المستعير ،

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٣٥٨ .

(٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص ٥٥ .

مختلف فيه . فإذا قال لغيره : أعرنى ثوبك فأنا ضامن له ، فلا ضمان عليه .. وهذا الشرط باطل ، وكذا الحكم فى سائر الأمانات نحو الودائع وغيرها أ . هـ .

النوع العاشر : ما أداه الضامن عن المضمون عنه ، حيث ثبت الرجوع فإن حكمه حكم القرض .

النوع الحادى عشر :

المعجل فى الزكاة : إذا ثبت استرداده وهـو تالف ففيه المثل أو القيمة وجاء فى مجمع الضمانات ص ٧ إذا عجل الساعى الزكاة فدفعها إلى فقير فأيسر قبل تمام الحول أو مات أو ارتد جاز ولم يضمن عندنا ، خلافاً لمالك والشافعى ، وهذا إذا لم يكن الدفع بسؤال المالك أو الفقير من الساعى ، فإن كان .. فالضمان على من سأل .

المضمونات أقسام :

١ — ما يضمن ضمان عقد قطعاً : وهو ماعين فى صلب العقد من بيع وسلم، وإجارة وصلح .

٢ — مايضمن ضمان يد قطعاً كالعوارى والمغصوب ، أما العوارى ففيه خلاف الحنفية .. حيث لا ضمان إلا بالتعدى .

قاعدة(١) :

ما ضمن كله ضمن جزؤه بالإرث إلا فى صور :

١ — المعجل فى الزكاة .

٢ — الصداق الذى تعيب فى يد الزوجة قبل الطلاق .

٣ — البيع إذا تعيب فى يد البائع وأخذه المشترى ناقصاً .

٤ — إذا رجع فيما باع بإفلاس المشترى ووجده ناقصاً بآفة أو إتلاف البائع فلا إرث له .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٦٢ .

٥ — القرض إذا تعيب ورجع فيه المقترض لا إرث له بل يأخذه ناقصاً .

أسباب الضمان

ذكر صاحب الأشباه أنها أربعة .. بينما ذكر صاحب القواعد أنها ثلاثة وهنا بيان كل :

أسباب الضمان ثلاثة(١) : عقد ، ويد ، وإتلاف (ابن رجب) .

الإتلاف : المراد به أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق ، أو ينصب سبب عدوانا فيحصل به الإتلاف كأن يحضر فى ملكه عدوانا أو يؤجج ناراً فى يوم ريح عاصف فيتصدى إلى إتلاف مال الغير ، أو كان الماء محتبساً بشىء وعادته الإنطلاق فيزيل احتباسه وسواء كان له اختيار فى انطلاقه أو لم يكن .. ودخل تحت ذلك ما إذا حل ركاء زق مائع فاندفق أو فتح عن طائر فطار الطائر أو حل عقداً فهرب أ هـ .

وللأحناف تمييز أدق فيما بين المباشرة والتسبب .. جاء فى كتبهم(٢) :

المباشر ضامن وأن لم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً ، فمن المتسبب بالتعدى : وضع شخص شيئاً على طريق للعامة فعثر به إنسان فسقط وهلك ذلك الشىء من غير قصد منه .. يضمن ، وهو الصحيح .

وضع زقا فى الطريق فعثر به إنســـان فشقه .. يضمن إن كان وضعه بعذر ، وإلا فلا .

المباشرة مع التسبب : لو شق زق غيره وفيه سمن جـــامد فأصابته الشمس فذاب .. اختلفوا فيه وذكر شمس الأئمة السرخسى أنه لا يضمن ، ومرجع ذلك :

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٤٠٤ قاعدة ٨٩٥ حنبلى .

(٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٤٦ وأيضـــاً مذكرة فى أصول الفقه للأحناف باب السبب ص ٢٦٠ (من مطبوعات جامعة الأزهر)

أنه توسط فيما بين شق الزق وذوبان السمن علة مؤثرة وهى حرارة الشمس . ـ وكانت الحرارة علة فى الذوبان وانقلبت بذلك المباشرة السابقة (وضع الزق فى الشمس) إلى سبب .. وهذا ما يسمى عند الحنفية «سبب شبيه بالعلة» وهذا الحكم يضاف إلى العلة القوية القريبة .. لا إلى السبب .

أسباب الضمان عند الشافعية . . أربعة :

١ ـــ العقد : كالبيع والثمن المعين قبل القبض والسلم والإجارة .

٢ ـــ اليد ، مؤتمنة كانت أولا .. فمثال المؤتمنة .. الوديعة والشركة والوكالة والمقارضة إذا حصل التعدى .

واليد غير المؤتمنة : الغصب والسوم والعارية والشراء الفاسد .

٣ ـــ الإتلاف : نفساً كان أو مالا .

٤ ـــ الحيلولة : ماتؤخذ قيمته للحيلولة ومالا تؤخذ .

(ا) إذا انتقل المغصوب إلى بلد آخر وأبق .. فللمالك المطالبة بالقيمة فى الحال للحيلولة قطعاً .. فإذا رده ردها .

(ب) إذا حال بين من عليه القصاص ومستحق الدم .. لاتؤخذ قطعاً .

(حـ) إذا أقر بعين لزيد ثم بها لعمرو غرم له قيمتها فى الأصح لأنه حال بينه وبينها .

الضمان بالتعدى :

جاء فى كتاب القواعد لابن رجب مايلى :

من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه ، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمن .. ويخرج على ذلك مسائل :

١ ـــ لو صال عليه حيوان أو إنسى أو بهيمة فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمن ،

ولو قتل حيواناً لغيره فى مخمصه ليُحيي به نفسه ضمنه .

وجاء فى مجمع الضمانات تحت عنوان جناية البهيمة والجناية عليها ما يلى :

« رجل له كلب عقور كلما مر عليه شيء عضه فلأهل القرية أن يقتلوه ولا ضمان » وجاء : ولو صال الجمل على إنسان فقتله المصول عليه دفعاً لشره ضمن قيمته ونسب ذلك إلى مؤلف الهداية .

ولو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه ، ولو سقط عليه متاع غيره فخشى أن يهلكه فدفعه فى الماء لم يضمنه .

وجاء فى حاشية ابن عابدين : إذا لم يكن رب المتاع أو وكيله فى السفينة لم يضمن بشرط ألا يتجاوز المعتاد ولا يتعمد العناد .

قاعدة ٢٧ لابن رجب : من أتلف نفساً أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه .. وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان ...

من ذلك : الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفاً على نفسيهما فلا فدية عليهما وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما فعليهما الفدية فى المشهور .

ولو دفع صائلا عليه بالقتل لم يضمنه .. ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمن — وفى قول لا ضمان عليه أيضاً .

عقود الأمانات

وما يضمن مما يندرج تحتها

عقود الأمانات .. هل تنفسخ بمجرد التعدى فيها أم لا ؟

مذهب الحنابلة :

إن الأمانة المحضة تبطل بالتعدى والأمانة المنضمة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح ويتخرج عليها مسائل . . منها : إذا تعـــدى فى الوديعة بطلت ولم يجز له الإمساك ووجب الرد على الفـــور لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدى فلا تعود بدون عقد يتجدد ولو كانت الأمانة عينين ــ شيئين ــ فتعدى فى أحدهما .. فهـــل يصير ضامناً لهما أو لما وجد فيه التعدى خاصة ؟ مختلف فيه .

ومنها الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما :

المعروف من مذهب الحنابلة أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه .

ومنها الرهن إذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقى مضموناً عليه .

جاء فى مجمع الضمانات ص ١١٤ بشأن الجناية على الرهن ما يلى :

جناية الراهن على الرهن مضمونة ونقل عن صاحب الوجيز قوله :

١ ــ ارتهن دابتين فقتلت إحداهما الأخرى .. ذهب من الدين بحسابها .

أما الوديعة فهى أمانة فى يد المودع لديه، إذا هلكت لا يضمنها . وقال فى الأشباه : الوديعة أمانة إلا إذا كانت بأجر فمضمونة « زيلعى » .

وجاء فى مجمع الضمانات : إذا تعدى المودع لديه فى الوديعة بأن كانت دابة فركبها

أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو شيئاً فافترشه . أو أودعها غيره ثم زال التعدي ، ردها إلى يده إلى الحالة الأولى برىء من الضمان إذا صدقه المالك فى العود ، وإن كذبه لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاء . أ هـ .

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد :

كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب الضمان فى فاسده وكل عقد لا يجب الضمان فى صحيحه لا يجب الضمان فى فاسده .

فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد .

والأمانات : كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة .

وعقود التبرعات : كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة فكذلك مع الفساد ، ومثلها الصدقة .

ومن عجل الزكاة ثم تلف المال : له الرجوع به وإذا تلف ضمن القابض لأنه القبض وقع صحيحاً لكن مراعى فيه احتمال الفساد والبطلان .. فإن بقى النصاب تبينا أنه قبض زكاة وإن تلف تبينا أنه لم يكن زكاة فيرجع فيها .. هذا وإذا ظهر أن قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها فإنه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط يقبض مالا يجوز له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد أ هـ .

الضمان بمجاوزة استعمال الحق (التعسف) أو بالانشغال ..

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه وتخلصه من ملك غيره فان لم يكن ممن دخل النقص عليه بتفريط باشتغال ملكه بملك غيره فالضمان على من أدخل النقص .

وإن كان منه تفريط فلا ضمان على من أدخل النقص ، وكذا إن وجد ممن دخل النقص عليه إذن فى تفريغ ملكه من ملك غيره حين لا يجبر الآخر على التفريغ .. وإن وجد منه إذن فى اشتغال ملكه بمال غيره حيث يجبر الآخر على التفريغ .. ومن ذلك :

١ — لو باع داراً فيها ناقة لم تخـــرج من الباب إلا بهدمه فإنه يضمن الهدم للمشترى .

٢ — لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع لحصده فإن لم يبق له عروق أو كانت لا تضر فليس عليه نقلها .

وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر .

٣ — لو دخل حيوان غيره داره وتعذر إخراجه بدون هدم بعضها أو أدخلت بهيمة غيره رأسها فى قدره أو وقع دينار غيره فى محبرته وتعذر إخراجه بدون الكسر ولم يكن ذلك بتفريط أحد فهدمت الدار وكسرت القدر أو المحبرة فالضمان على صاحب الحيوان والدينار ، ومنها : لو غصب ثوباً فصبغه ثم طلب قلع صبغه فعليه نقص الثوب .

الأيدى المستولية على مال الغير بغير إذنه — ثلاثة :

١ — يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينفى الضمان عمن يستولى عليه .

٢ — ويد لا يثبت لها الملك وينتفى عنها الضمان .

٣ — ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان .

الأولى : (أ) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب والعكس .

(ب) استيلاء الأب على مال الإبن .

الثانية : من له ولاية شرعية بالقبض .

من قبض المال لحفظه على المالك .

الثالثة : يد العارية التى يترتب عليها الضمان ﻫ ابن رجب ص ٢٠٦ ، وجاء فى مجمع الضمانات ص(٥٥) :

العارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن أو هلكت فى حالة الانتفاع..

وليس للمستعير أن يؤجر الشيء المعار فإن أجره فعطب ضمن المستعير ولا يرجع مالك العارية على المستأجر .

أما الإيداع : فقد اختلف مشايخ العراق فيه : فقيل يملكه وإليه مال برهان الدين وقال غيرهم لا يملك الإيداع . وهذا الاختلاف بينهم فيمن يملك الإعارة أما فيمن لا يملك الإعارة فإن لا يملك الإيداع .

ثم إن يد العارية إن كانت مقيدة بالوقت والانتفاع فليس له أن يتجاوز فيه ما سماه.. عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خير منه . . وإن كانت مقيدة بالانتفاع دون الوقت فليس له أن يتعدى إلى ما سواه .. وكذا لو قيد بمكان .

ضمان الأموال بالعقد واليد

يضمن بالعقد واليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل فأما غير المنقول فالمشهور عن الحنابلة أنه يضمن بالعقد أيضاً . ويضمن في عقود التمليكات بالاتفاق .

طلب وديعة فجحد وقال لم تودعني يكون ضامناً وإن جحدها لا في وجه المودع بأن قال له إنسان ماحال وديعة فلان عندك فجحد أو جحد في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال ما حال وديعتي عندك وجحد . قال شمس الأئمة السرخسي فيه خلاف .

عن أبي يوسف وزفر : على قول زفر يكون ضامناً ، لا على قول أبي يوسف . وذكر غيرهما : إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبه يكون ذلك فسخاً للوديعة حتى لو نقلها المودع من الموضع الذي كانت فيه حال الجحود ، يضمن ، وإن لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن. (٨٧٠ ضمانات) .

هل يثبت الضمان مع ثبوت يد المالك

إن زال انتفاع المالك وسلطانه ثبت الضمان وإلا فلا .

١ — لو استأجر دابة إلى مسافة فزاد عليها أو لحمل شيء فزاد عليه وهى فى يد المؤجر ، فنفقت ، فيها قولان :

يضمن لتعديه بالزيادة .. وسكوت المالك لا يمنع الضمان قياساً على من خرق ثوبه وهو لا يمنع .

٢ — لا يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى وإن تلفت بالحمل ففى تكميل الضمان عليه وجهان .

ويتوجب التفريق بين أن يكون قادراً على الامتناع أو لا يكون، كذلك يجب الضمان مع عدم القدرة كمن غصب دابة وأكره المالك على أن يحمل عليها متاعه فإن هذا زيادة عدوان فلا يسقط به الضمان .

الأجير المشترك : إذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها فلا ضمان .

ولو أردف المالك خلفه على الدابة فتلفت فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيراً أم لا لثبوت يد المالك عليها ؟ ذكر فى التلخيص احتمالين (٢٠٨ ابن رجب) .

وجاء فى حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩ :

إن ضمان الأجير المشترك ما تلف بيده مقيد بثلاث شروط :

١ — أن يكون فى قدرته دفع ذلك : فلو غرقت السفينة بموج أو ريح أو صدمة جبل لا يضمن .

٢ — أن يكون محل العمل سلماً إليه بالتخلية فلو كان رب المتاع أو وكيله فى السفينة فلا يضمن .

٣ — أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد . لذا فلا يضمن الآدمى. يعنى إذا غرق أو أصابه ما أزهق روحه لأن الأرواح لاضمان فيها أ ه .

الأيدى الغاصبة من الغاصب مع عدم العلم بالحال ، ومنها :

١ — اليد الغاصبة يتعلق بها الضمان كأصلهـــا ويستقر عليها مع التلف. تحتها ولا يطالب بما زاد على مدتها — والضمان فى الغصب : المثل فى المثلى والقيمة. فى المتقوم ولا أعلم فيه خلافاً . (٣٥٦ الأشباه والنظائر — شافعى) .

٢ — اليد الآخذة لمصلحة الدافع كالاستيداع والوكالة بغير جعل فالمشهور أن ـ للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب لتغريره .

٣ — القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع كالشريك ، والمضارب ، والوكيل. بجعل والمرتهن .. فالمشهور جواز تضمينها أيضاً ويرجع بمـــا ضمنت لدخولها - على الأمانة

٤ — القابضة لمصلحتها خاصة : إما بإستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة. كالعارية فهى داخلة فى الضمان فى العين دون المنفعة . وإذا ضمنت العين والمنفعة. رجعت على الغاصب بضمان المنفعة لأن ضمانها كان بتغريره .

وقيل لا يرجع قياساً على رجوع المغرر بالمهر على من غرره .

مسألة :

قبض مال الغير من يد قابضة بغير إذن مالكه :

إن كان يجوز له إقباضه فهو أمانةعند الثانى وإن كان الأول أميناً وإلا فلا، وإن لم يك إقباضه جائزاً فالضمان عليها ويتفرع على ذلك ما يلى :

١ — مودع المودع : فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحدمنهما وإن كان لا يجوز الإيداع فالضمان على الأول .

٢ — المستأجر من المستأجر : فإن كان حيث يجوز الإيجار بأن كانه

لمن يقوم مقامه فى الانتفاع فلا ضمان وإلا فــلا يثبت الضمان عليها وقراره فى العقد الأول .

٣ — وكيل الوكيل : حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب فى الضمان .

٤ — المشترى من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع : إذا تلف المبيع فى يده فللموكل تضمين القيمة ممن شاء منهما : من الوكيل والمشترى على المشهور .

ثم إن ضمن الوكيل رجع على المشترى لتعلقه فى يده (٢١٦ قواعدابن رجب).

الظن فى الملك هل يسقط الضمان
أو الأحكام المبنية على الظن

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له ، أو تصرف فيه وهو يظن لنفسه ولاية عليه ثم تبين خطأ ظنه .

فإن كان مستنداً إلى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر بتعمده للخيانة ضمن المتسبب .

وإن كان إلى اجتهادمجرد : كمن دفع مالا تحت يده إلى من يظن أنه ملكه أو أنه يجب الدفع إليه ، أو أنه يجوز ذلك أو دفع ماله الذى يجب عليه إخراجه لحق الله إلى من يظن أنه مستحق ثم تبين الخطأ . . فنى ضمانه قولان .

وإن تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه . فإن تعلق به حكم فالضمان على المتلف وإلا فلا ضمان .

لو حكم ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور فإن الضمان يختص بهم لإغراقهم ولا ينتقض حكم الحاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له بشىء كما لو باع عينا أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فإنه لا يقبل إقراره ويضمن للثانى .

٢ — لو اشترى من الورثة عبداً من التركة ثم أعتقــوه تنفيذاً لوصية

ورثهم بذلك ثم ظهر دين مستغرق فإنهم يضمنون للغرماء (قواعد ابن رجب ص ٢١٨) .

قاعدة :

تصرف الغير هل يسقط الضمان عن الأصل .

من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه غيره بغير إذنه :

هل تقع موقعه وينتفي الضمان عن المؤدى ؟ هذا على قسمين :

١ — أن تكون العين ملكا لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير .

فإن كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب دينا.

وإن لم يكن له ولاية :

فإن كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزىء وإن لم تكن متميزة عن بقية ما له ضمن ولم يجزىء إلا أن يجيز المالك التصرف . لذا نقول بوقف عقود الفضولى على الإجازة ويتفرع على ذلك مسائل :

١ — لو امتنع عن وفاء دينه وله مال: فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرىء منه ولا ضمان .

٢ — لو امتنع عن أداء الزكاة فأخذها الإمام منه قهراً فإنها تجزىء عنه ظاهراً وباطناً على الصحيح .

٣ — ولى الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزىء كما يؤدى عنهما سائر الواجبات المالية من النفقات .

(ابن رجب ص (٢٢٢) القواعد) .

المبحث الرابع

الوديعة

أهم ما نشير إليه بين يدى هذا العقد . . ما يلى :

* إذا كانت الوديعة من المثليات . . فالتصرف فيها جائز مع الضمان . . هذا فى زمن المعاملات الفردية المحدودة . . أما وقد تغيرت الحال وقامت منشآت متخصصة تشتغل بجمع الودائع وتسخيرها لنفع المجتمع . . فنرى أن التصرف فى جانب من الودائع (النقدية مثلا) واجب . . جلبا للصالح . . وفى الصيرفة أصول تفرض الإبقاء على جانب من المال حاضرا . . ويقال لهذه القاعدة المرعية « التزام الحذر من حيث كفاية السيولة فى كل وقت » .

* وفى ممارسة الأعمال المصرفية فى زماننا هذا يتعين على المودع أن يحدد قصده.. بمعنى أن لا يأذن بالتصرف أو يأذن ويفوض . . فإن كانت الأولى فإن تصرف البنك تحت مسئوليته وحده . . وإن كانت الثانية أخذت الوديعة حكم القراض الشرعى .

* ونرى ألا يرجع المصرف بشىء من الهدايا على أصحاب الودائع التى طلب أصحابها عدم المساس بها .. ولئن ذهب بعض الباحثين إلى إجازة هذا الأسلوب فإننا نرى أن شبهة الربا هنا قوية . . فلعل المودع الذى أودع وحبس إنما فعل ذلك وهو ناظر إلى الهدية المحتملة . . وهكذا يكون حريصا على احتمال الكسب . . رافضا للمشاركة فى الخسائر إذا وقعت . . وهذا — عندنا — ربا جلى .

الوديعة فى كتب اللغة

جاء فى لسان العرب استودعه مالا وأودعه إياه دفعه إليه ليكون عنده وديعة. وأودعه : أى قبل منه الوديعة جاء به الكسائى فى باب الأضداد قال الشاعر :

استودع العلم قرطاس فضيعه   فبئس مستودع العلم القراطيس

وقال أبو حاتم : لا أعرف أودعته قبلت وديعته وأنكره شمر « إلا أنه حكى عن بعضهم استودعنى فلان بعيراً فأبيت أن أودعه » أى أقبله .

ويقال أودعت الرجل مالا واستودعته مالا .

والوديعة واحدة الودائع ، وهى ما استودع قال تعالى فى كتابه العزيز « فمستقر ومستودع » المستودع ما فى الأرحام واستعاره على رضى الله عنه للحكمة والحجة فقال : بهم يحفظ الله حججه حتى يودعوها نظراءهم ويزرعوها فى قلوب أشباههم .

وقال ابن مسعود فى قوله تعالى « (ويعلم مستقرها ومستودعها) » أى مستقرها فى الأرحام ومستودعها فى الأرض .

المستودع المكان الذى يجعل فيه الوديعة ، يقال استودعته وديعة أى استحفظته إياها(١) .

وجاء فى القاموس المحيط : الوديعة واحدة الودائع . والوديع العهد والجمع ودائع ، وودع الثوب بالثوب كوضع : صانه . . وأودعته مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعة ، وأودعته أيضا قبلت ما أودعته . . واستودعته وديعة استحفظته إياها ، وتوادعا : تصالحا . (٢)

وفى معجم مقاييس اللغة لابن فارس يستعرض الجذر الثلاثى للكلمة ويتكلم عنه فى عمومه فيقول : (ودع) الواو والدال والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية — ودعه : تركه . ومنه دع .

الوديعة فى مفهوم المفسرين :

جدير بالذكر أن المفسرين تناولوا الوديعه بالذكر أو الشرح والتفصيل حين فسروا قوله تعالى : (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً » .

---

(١) لسان العرب ج ٨ ص ٣٨٦ — ٣٨٩ .

(٢) القاموس المحيط ج ٣ ص ١٩٥ .

(٣) سورة النساء آية ٥٨ .

فأبو بكر الجصاص صاحب أحكام القرآن يذكر عند تفسيره لهذه الآية أنه اختلف فى المأمورين بأداء الأمانة فى هذه الآية إذ ذهب بعض المفسرين إلى أنهم ولاة الأمر كما ذهب بعضهم إلى أنها خاصة فى عثمان بن طلحة أمر بأن ترد إليه مفاتيح الكعبة ، كما ذهب بعضهم ومنهم ابن عباس إلى أنها فى كل مؤتمن على شىء وهذا أولى لأن قوله تعالى (إن الله يأمركم) خطاب يقتضى عمومه سائر المكلفين .

قال أبو بكر : ما اؤتمن عليه الإنسان فهو أمانة فعلى المؤتمن عليها ردها إلى صاحبها ، فمن الأمانات الودائع، وعلى مودعها ردها إلى من أودعه إياها ولا خلاف بين فقهاء الأمصار أنه لا ضمان على المودع فيها إن هلكت .

ويذكر الجصاص أن هذا ما لم يتعد فيها المودع ، ويذكر أنه روى عن عمر أنه ضمن أنس وديعة ضاعت من عنده ، ويسوغ هذا بقوله : فجائز أن يكون المودع لديه اعترف بفعل يوجب الضمان عنده فلذلك ضمنه(١) وأما القرطبى « المالكى » فيقول عن هذه الآية « فهذه الآية من أمهات الأحكام متضمنة جميع الدين والشرع.

الوديعة فى الحديث الشريف :

من الأحاديث التى رويت فى هذا الباب ما يلى :

١ — عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : « لا ضمان على مؤتمن » رواه الدار قطنى .

وفى تحقيق سند هذا الحديث قال عنه الحافظ : فى إسناده ضعف وأخرجه الدارقطنى عن طريق أخرى عنه بلفظ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » وقال إنما نروى هذا عن شريح غير مرفوع قال الحافظ : وفى إسناده ضعف .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٠٧ (الجصاص حنفى المذهب يجتهد فيه) .

وهذا الحديث يدل على عدم ضمان من كان أمينا على عين من الأعيان كالوديع والمستعير ، أما الوديع فلا يضمن إجماعا إلا لجناية منه عليه .. والوجه فى تضمينه للجناية أنه صار بها خائنا والخائن ضامن « ولا على المستودع غير المغل ضمان » والمغل هو الخائن ،

وكذلك التعدى بجعله يضمن الوديعة لأنه نوع من الخيانة وأما إذا هلكت من غير تعد ولا تفريط فى حفظها فلا ضمان عليه واستدل على ذلك بما تقدم من قول النبى ﷺ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ويقول النبى « لا ضمان على مؤتمن » واستدل أيضاً بما أخرجه ابن ماجة عن ابن عمر بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وفى إسناد هذا الحديث المثنى بن الصباح وهو متروك ، وقد حسنه الترمذى(١) .

٢ — وعن الحسن بن سمرة عن النبى ﷺ قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه الخمسة إلا النسائى.. زاد أبو داود والترمذى : وقال قتادة (ثم نسى الحسن) فقال « هو أمينك لا ضمان عليه يعنى العارية »

والحديث صححه الحاكم وسماع الحسن بن سمرة فيه خلاف مشهور وفيه دليل على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره بإعارة أو إيداع أو إجارة أو غير ذلك حتى يرده إلى مالكه ، وبهذا الحديث استدل من قال بأن الوديع والمستعير ضامنان .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى ترده ، فالمراد أنه فى ضمانها كما يشعر لفظ (على) من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ ، ولا نزاع فى أن ذلك موجب للضمان وإنما النزاع فى تلف لا يصير به الأمين خارجاً عن كونه أميناً مثل التلف بأمر لا يطاق دفعه أو بسبب سهو أو نسيان أو بآفة سماوية أو سرقة أو ضياع بلا تفريط ، فإن التلف موجود فى هذه الأمور مع بقاء

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٣١٣ .

الأمانة . . وظاهر الحديث يقتضى الضمان وهذا مخالف لما أسلفنا(١)

٣ — عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: من أودع وديعة فليس عليه ضمان » أخرجه ابن ماجة »

وسنده ضعيف إذ فيه المثنى بن صباح وهو متروك ..وأخرجه الدارقطنى بلفظ: « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » .

الوديعة فى الفقه الإسلامى :

تحدث الفقهاء فى كل ما يتصل بالوديعة منطلقين من أنها مشروعة فى الكتاب والسنة والإجماع ، وأدلتهم :

١ — فمن الكتاب قوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » (الآية) وقوله تعالى « فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن أمانته »

٢ — ومن السنة « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وتصرف الرسول حين أراد الهجرة برد الأمانات إلى أهلها ، وغير هذا من الأحاديث التى مرت .

٣ — وإجماع العلماء فى كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع ، والعبرة تقتضيها ، فإن بالناس إليها حاجة إذ يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم(٢) ومن هذا المنطلق كان تعريفها فى اصطلاحهم : « الإيداع تسليط الغير على حفظ ماله ، والوديعة ما يترك عند الأمين »(٣) .

وصفتها أمانة فيها وجوب الحفظ والأداء عند الطلب(٤) .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣١٣ (النساء ٥٨) ، (البقرة ٢٨٣)

(٢) المغنى : ابن قدامة جـ ٦ ص ٣٨٢ طبعة المنار .

(٣) ابن عابدين : حاشية جـ ٤ ص ٥٥٠ .

(٤) نفس المراجع والصفحة .

حكمها: عقد جائز بين الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها، وليس على المستودع ضمان إذا أتلفت إلا لخيانة أو تفريط فتضمن(١) .

ركنها : الإيجاب صريحا أو كناية أو فعلا ، والقبول من المودع صريحاً أو دلالة(٢) .

وفي المجمع : الوديعة تقع تارة بالإيجاب والقبول صريحاً كقوله أودعتك وقبل الآخر.. وتتم بالإيجاب وحده في حق الأمانة لا في حق وجوب الحفظ عليه حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برىء من الضمان وإن لم يقبل .. حتى لو هلك لم يضمن ..وتارة تقع بالكتابة وتارة تقع دلالة فلو جاء رجل بثوب إلى رجل ووضعه بين يديه وقال هذا وديعة عندك وسكت الآخر صار مودعا فلو ذهب صاحب الثوب ثم ذهب الآخر بعده وترك الثوب وضاع الثوب كان ضامنا لأن هذا قبول منه للوديعة عرفا ، وكذا لو وضع صاحب الثوب ثوبه بين يديه ولم يقل له شيئاً والمسألة بحالها ، كان ضامنا أيضا لأن هذا إيداع عرفا(٣) .

شروطها : ذكر الفقهاء في شروطها شروطاً للمال من قابليته لوضع اليد عليه .. على عكس الطير في الهواء(٤) ومن إثبات اليد عليه عند الاستحفاظ (٥) كما ذكروا أن شروط المتعاقدين هي شروط كل موكل ووكيل(٦) .

هذه هي التحديدات الدقيقة لمعالم هذا العقد من عقود المعاملات حدا وصفة

---

(١) المغني : ج ٦ — ٣٨٢ .

(٢) خرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ١٢٥ .

(٣) ابن عابدين : ٤ : ٥٥٠ .

(٤) مجمع الضمانات ص ٦٨ .

(٥) ابن عابدين ج ٤ ص ٥٥٠ .

(٦) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٧٦ .

وشروطا وحكما ، وفى جميع هذا كان تركيزهم على أنها أمانة تحفظ وتصان . وتؤدى عند الطلب مراعاة لأمر الله فى الأمانات(١) .

لكن الفقهاء تناولوا الصور التى تكون عند التطبيق لهذا التشريع فتكلموا فى خلطها بغيرها من أموال المستودع وفصلوا القول فى هذا كما تكلموا فى الإنفاق على الوديعة وكرائها ، وغير هذا مما تقتضيه بالضرورة محاولة الإحاطة بجوانب هذا الموضوع .. وها هى بعض نقاط بحثهم فى هذا الصدد .

خلط الوديعة :

الأصل أن تكون الوديعة متميزة منعزلة عن مال المستودع — غير أنه قد يحدث الخلط وهنا يتوقف الحكم بالضمان أو عدمه على من فعل الخلط ، ونوعية الخلط وظروفه .

فلو أن الكيس المحفوظ به الوديعة انشق واختلطت الوديعة بدراهم المستودع فلا ضمان عليه لعدم فعله شيئاً يوجب الضمان ، ويكون المختلط مشتركا بينهما بقدر ملكيهما ، فإذا هلك بعضه هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل منهما ، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فى أن يحسب الهالك من نصيبه ، إذ الأصل فى المال المشترك إذا هلك شىء منه ، أن ما هلك على الشركة وما بقى للشركة .

أما إذا فعل هذا الخلط من هو فى عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك أجنبى بإذنه فالمستودع أيضاً لا ضمان عليه إذا لم يفعل شيئاً من الخلط ، وفعل من فعل كفعل المودع نفسه(٢) .

---

(١) نهاية المحتاج/ الشافعى الصغير جـ ٦ ص ١١٥

(٢) المبسوط للسرخسى جـ ١٣ ص ١١٠ .

لكن متى يضمن المستودع بخلطه ؟

أنواع الخلط :

ننظر إلى نوع الخلط فإن كان خلطاً يتعذر معه التمييز كخلط الشيء بجنسه فهذا يوجب الضمان لتعذر وصول المالك إلى ملكه ، وإن كان خلطا يتعسر معه التمييز كخلط حنطة بشعير مثلا فهذا يوجب الضمان أيضاً إذ الوصول هنا للمال مشروط بحرج بالغ والمتعسر كالمتعذر كما هو معروف فى الغصب(١) .

أما إذا كان خلطا يتيسر معه التمييز فلا ضمان، كخلط الأبيض بالأسود والدراهم بالدنانير .

ولصاحب المغنى وهو يوضح رأى الحنابلة كلام جليل فى هذا يتلخص فى أن الضمان إنما يكون على المستودع إذا خلط الوديعة بما لا يتميز أو لم يحفظها أو أودعها غيره .

ويستوى فى خلطه هذا أن يكون المال المخلوط بالوديعه ماله أو مال غيره وأن يكون مماثلا أو أجود أو أقل ، ويتفق مع الحنفية والشافعية فى هذا الرأى . ويحكى ابن قدامه عن ابن القاسم أنه إذا خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن ، ويحكى عن مالك أنه يرى أن لاضمان إلا إذا كان دونها ، لأنه لا يمكن ردها إلا ناقصة(٢) .

وهكذا نرى أن الخلط إذا كان بفعل صاحب المال أو بإذنه فإن المستودع لا يضمن . ولو كان الخلط دون تفريط من المستودع ، أو كان منه وتيسر التمييز وسهل فلا ضمان أيضاً حيث لا ضرر ولا عنت يتكلفه صاحب المال .

وفى مجال التطبيقات والصور على هذه القواعد التى أسلفناها تمتلىء كتب الفقه فتتعدد صور التطبيق على كل قاعدة مضت : متى يضمن ومتى لا يضمن ومتى يصير

---

(١) المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١١١ .

(٢) المغنى ج ٦ ص ٣٨٤ .

الخلط شركة بينهما إلى غير هذه الصور(١) ومن ذلك : قال قاضى خان : والوديعة إذا كانت دراهم أو دنانير أو شيئا مما يكال أو يوزن فأنفق المودع طائفة منها ضمن ما أنفق ولا يضمن الباقى إن هلك ، فإن جاء المودع بمثل ماأنفقه فخلطه بالباقى كان ضامنا للكل لأن ما جاء به ماله فصار خالطا ماله بالوديعة .

ولو خلط دراهم كيسين للمودع ولم يتميزا وقد أودعهما غير مختومين ضمن تلك الدراهم فى الأصح لتعديه ، والثانى لا يضمن لأن كلا لمالك واحد . أما لو كانا مختومين أو أحدهما فيضمن بالفض وإن لم يخلط كفتح الصندوق المقفل بخلاف حل خيط يشد به رأس الكيس أو رزمة القماش لأن القصد هنا منع الانتشار لا كتمه عنه(٢) .

التعدى بالاستعمال للوديعة :

إذا تعدى فلبس الثوب أو ركب الدابة أو أخذ الوديعة يستعملها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة هل يضمن أم يبرأ من الضمان ؟

قال أبو حنيفة : يبرأ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدى .

وقال الشافعى : لا يبرأ من الضمان .

وقال ابن قدامة : ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان(٣) .

وجاء فى مختصر خليل (٤) أنه يضمنها إذا انتفع بها بغير إذن ربها فهلكت ،

---

(١) أنظر مغنى المحتاج ج ٣ ص ٨٩ .
وخرشى على مختصر خليل ج ٦ ص ١٢٦ .
ومجمع الضمانات للبغدادى ص ٨٣ .
(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للشافعى الصغير ج ٦ ص ١٢٨ .
(٣) المغنى / ج ٦ / ٤٠١
(٤) خرشى على مختصر خليل / ٦ / ١٢٧

وكذلك يضمن الوديعة إذا سافر بها وهو قادر على أن يتركها عند أمين ، فإذا هلكت ضمنها ، أما إذا لم يقدر على تركها عند أمين وخاف عليها إن تركها فإنه لا ضمان عليه إذا تلفت فى صحبته فى السفر .

وإذا كانت الوديعة مقومة يحرم على المودع أن يتسلفها بغير إذن ربها لاختلاف الأغراض فى المقوم وسواء أكان المودع مالياً أم معدما ، لأن ربها يتضرر بعدم الوفاء حينئذ (أى فى حالة كون المودع معدما) .

ويكره للمودع التجارة بالوديعة على أى صورة كانت الوديعة .

وإذا تاجر المودع فى الوديعة فربح فما حكم هذا الربح ؟

يقول ابن رشد : واختلفوا فى هذا الباب فى فرع مشهور وهو : فمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر به فربح فيه . . فهل ذلك الربح حلال له أم لا ؟

قال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة : إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصباً للمال فضلا عن أن يكون مستودعاً عنده ، وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد ابن الحسن : يؤدى الأصل ويتصدق بالربح . وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح . وقال قوم : هو مخير بين الأصل والربح . وقال قوم : البيع الواقع فى تلك التجارة فاسد .

فمن اعتبر التصرف قال : الربح للمتصرف ، ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال .

ولذلك لما أمر عمر رضى الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذى أسلفهما أبو موسى الأشعرى من بيت المـــال فاتجرا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته قراضاً ؟ فأجاب إلى ذلك . . لأنه قد روى أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وأن ذلك عدل .

الإنفاق على الوديعة :

وإذا كانت الوديعة مما ينفق عليه كالبهيمة مثلا ، فإن الفقهاء قالوا : لو أعطاها صاحبها وأمر المستودع أن يعلفها ويسقيها فإن هذا يلزمه لحرمة صاحبها حيث أخذها منه على ذلك ، ثم لحرمتها كحيوان ، على أن بعض الفقهاء قالوا إنه لايلزمه هذا بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة .

ونفس الخلاف حول ما إذا أعطاه البهيمة دون أن يقول له شيئاً ، فأبوحنيفة يرى أنه لايلزمه علفها وسقيها إذ هذا على المالك، وإذا لم يفعل فهو المفرط — أما الشافعى فيرى أن هذا يلزمه — والحنابلة يرون التفصيل فى الأمر ، فليس يجوز إتلافها ولا التفريط فيها ، فأمره بحفظها يتضمن علفها وسقيها ولكن يفعل هذا ثم يرجع إلى صاحب المال أو وكيله يطالب بالإنفاق أو رد الوديعة ، وإن لم يتمكن من صاحب المال أو وكيله رفع الأمر إلى الحاكم الذى يفعل ما هو خير لصاحبها فإن وجد له مالا أنفق منه أوأمر المستودع بفعل ما هو خير لصاحبها من إجارة أو بيع لجميعها أو بعضها ، على أن صاحب المبسوط يرى أنه إذا أنفق على البهيمة وصاحبها غائب من غير إذن القاضى فهو تطوع منه لايرجع به على صاحبها .

أما إذا قال صاحبها لا تسقها ولا تعلفها فهل ينفذ هذا ، وإذا نفذه وتلفت هل يضمن ؟ .

قال بعضهم لاينفذ هذا الأمر لحرمة الحيوان ، لكن إذا تركها وتلفت لم يضمن هذا قول عامة أصحاب الشافعى ، وبعض أصحابه قالوا يضمن لأنه تعدى بتركها بدون علف على حين أن الحنابلة يرون أنه لاضمان عليه إذ لا تعدى .. هو منفذ لأمر صاحبها كما لو قال له اقتلها فقتلها(١) ، وطبيعى أنه إذا أنفق عليها بأمر صاحبها أو بأمر القاضى كان ماينفقه ديناله على صاحبها .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٩٧ — ٣٩٨

نتاج الوديعة :

إذا أجتمع له من ثمار الوديعة أو نتاجها شيء يخاف على فساده فباعه دون الرجوع إلى القاضى ، فهل يضمن أو لا يضمن ؟

قيل إنه يضمن إذا لم يرجع إلى القاضى وكان فى وسعه أن يرجع إليه .. إذ القاضى هنا كصاحب المال (الغائب) ، وأما إذا خاف على فساد هذا الإنتاج لو رجع إلى القاضى فلا يضمن استحساناً لأن تصرفه هذا نوع من الحفظ ثم لم يكن بوسعه إلا أن يأتى ما فعل(١) .

ويتصل بهذا ما لو حمل عليها المستودع فنتجت ولم يكن صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها ، أما إذا هلكت الأمهـــات بذلك فالمستودع ضامن لها لأنه مخالف حين أتى بغير ما أمر به فيضمن بسببه .

كراء الوديعة .

رأى بعض الفقهاء أنه لو أكراها كان الكراء له ، إذ ليست الغلة كالولد الذى يتملك بملك الأصل ، بل الغلة غير متولدة من الأصل وهو واجب بالعقد وليس له نظير فى الغصب حيث يكون للعاقد(٢) .

وجاء فى كتاب « خرشى » : وإن أكراها لمكة ، مثلا ، ورجعت بحالها مثل ما كانت عليه يوم الإيداع إلا أنه حبسها عن أسواقها بأن كانت زمن غيبتها غالية ، فلربها أن يأخذ قيمتها يوم كرائها لأنه يوم التعدى ولا كراء له ، وله أن يأخذ الكراء والدابة ، وكذلك الحكم فى المستعير(٣) .

---

(١) المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١٢٦ .

(٢) المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١٢٧

(٣) خرشى ج ٦ ص ١٣٣ .

أخذ الحق من الوديعة :

إذا كان للمستودع حق عند صاحب الوديعة فهل يجوز له أن يأخذه من الوديعة التى أصبحت فى يده أم لا ؟

بعض الفقهاء رأى جواز أخذه حقه من الوديعة لأنه صاحب حق وله أن يأخذ حقه متى ظفر بجنس حقه من مال المدين ، والأصل فيه قوله ﷺ لهند : خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف(١) .

فى حين رأى بعضهم عدم جواز أخذ حقه من الوديعة لعموم الحديث « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » ورد على هؤلاء بقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وبأن الحديث ضعيف وبجواز معنى « لاتخن » أى لا تأخذ أكثر من حقك .. أما من أخذ حقه فليس بخائن(٢) .

لمن يدفع المودع الوديعة للحفظ ؟

للمودع أن يدفعها إلى الأمناء من عياله وزوجته وأجيره الذى بغير المياومة وكل هؤلاء مشروط فيهم الأمانة وإلا فلو أعطاها إلى زوجته وهو يعلم أنها غير أمينة .. ضمن ، أما من يأتمنه منهم ومن فى حكمه كشريكه وعبده المأذون فهو لا يضمن بإعطائها(٣) .

والأصل أن المودع مصدق فى دعوى ما يوجب براءته من الضمان لأنه أمين والأمين غير ضمين إلا إذا أقر بما يوجب الضمان ، وهو أخذ مال الغير ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن فلا يصدق إلا بحجة .(٤)

---

(١) خرشى : جـ ٦ ص ١٢٣ .

(٢) نفس المرجع والصفحة .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٠٧ .

(٤) نفس المرجع ص ٨٩ :

الوديعة بعد موت المودع المدين :

فإذا مات المودع المدين وعنده وديعة وبضاعة ومضاربة فإن لهذا حالات :

إن عرفت الوديعة بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء .. لأن صاحب الحق ، وهم الغرماء ، تعلق حقهم بعد موت المدين بماله دون مال سائر الناس .

٢ — وإن لم تعرف الودائع بأعيانها ففى المسألة خلاف إذ يرى بعض الفقهاء أن المال يقسم بينهم بالحصص ، وهنا يعامل أصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة معاملة الغرماء فى حين يرى بعضهم أن الغرماء أحق بجميع التركة .(١)

وعلى ضوء هذا العرض الموجز لآراء الفقهاء فى الوديعة تأصيلا للقواعد وتفريعاً عليها ، يمكن القول : إن فقهاءنا استوعبوا كل جوانب هذا النوع من المعاملات الإسلامية .. وهذا يجعل آثارهم العلمية جديرة بالدراسة الفاحصة والوقفات المستأنية أمام نصوصهم وتقسيماتهم وحتى تفريعاتهم .. وإن بدا فى بعضها طابع الافتراض وبعد التصور .. وما أحوجنا ونحن نطل على العقود فى الإسلام إلى مزيد من التعامل مع هذه المعالم التراثية الخالدة ونريد بذلك « كتب الفقه الإسلامى » .

(١) المبسوط للسرخسى جـ ١٣ ص ١٢٩ و ١٣٠ .

المبحث الخامس

الأمن

قضية التأمين ــ عندنا ــ واضحة كل الوضوح . . وهذا رأينا فى كلمات :

ــ الأمن مطلب فطرى . . وطالب الأمن ما تعدى .

ــ لا يجوز البحث فى الحل والحرمة ، من حيث طلب الأمن والحرص عليه وإنما يكون البحث فى أمور أخرى . . هى : من الذى يقوم بكفالة الأمن للناس ، وهل يجوز تحقيق ربح من القيام بهذه الوظيفة ؟

ــ للأمن مجالات ثلاثة ، بيانها : أمن داخل البلاد تتولاه الشرطة وما فى حكمها . وأمن على الحدود تتولاه الأسلحة التقليدية وكل مستحدث فى شئون الكر والفر.. براً وجواً وبحراً ــ وأمن على الأسرة . . من لحظة تكوينها إلى مراحل نموها إلى انقضائها بفسخ العقد أو بالموت . . وفى هذه الميادين كلها . . تنشط الدولة . . والدولة وحدها .

ــ التأمين التبادلى ، جائز فى غير ما تقدم بيانه من ميادين الوظيفة العامة .. أى وظيفة التأمين عندما تباشرها الدولة .

ــ يجب استبعاد « جهاز الثمن » من مباشرة التأمين .. يستوى فى ذلك أن يكون المؤمن هو الدولة .. أم جماعة متعاونة فيما بينها .

مادة « أمن » فى كتب اللغة

أمن : أصل الأمن طمأنينة النفس وزوال الخوف(١) . والأصل أن يستعمل فى سكون القلب(٢) . والأمن ضد الخوف وفى التنزيل : (وآمنهم من خوف) قال الزجاج : وفى حديث نزول المسيح (عليه السلام) تقع الأمنة فى الأرض

---

(١) المفردات فى غريب القرآن للراغب الأصفهانى ص ٢٥ .

(٢) المصباح المنير جـ ١ ص ٤٢ .

أى الأمن يريد أن الأرض تمتلىء بالأمن فلا يخاف أحد من الناس والحيوان(١) ، وفى التنزيل .. وإذ جعلنا البيت مثابة للناس وأمناً(٢) .

قال أبو إسحق : أراد إذا أمن فهو أمن وأمين وفى التنزيل أيضاً وهذا البلد الأمين(٣) . اى الآمن يعنى مكة وهو من الأمن ، وقال تعالى : « إن المتقين فى مقام أمين »(٤) . أى قد آمنوا فيه الغير وأنت آمن أى فى أمن ، وأمن البلد اطمأن به أهله فهو آمن وأمين(٥) . ورجل أمين وأمان أى له دين ، والتاجر الأمين هو ذو الدين والفضل .

(أمن) أمناً وأماناً وأمانة وأمنة : اطمأن ولم يخف فهو آمن وأمن وأمين يقال : لك الأمان : أى قد أمنتك . وأمن البلد .. اطمأن فيه أهله . وأمن الشر : سلم . وأمن فلان على كذا وثق فيه واطمأن إليه أو جعله أميناً عليه . قال تعالى: « هل آمنكم عليه إلا كما أمنتكم على أخيه من قبل»(٦) .

والإيمان ضد الكفر . والإيمان بمعنى التصديق وضده التكذيب(٧) . وأمن أيماناً صار ذا أمن .. وآمن به .. وثق به وصدق ، وفى القرآن .. وما أنت بمؤمن لنا(٨) . أى لست بمصدق(٩) .

والأمن والأمانة والأمان فى الأصل مصادر ، ويجعل الأمان تارة اسماً للحالة التى يكون عليها الإنسان فى الأمن ، وتارة اسماً لما يؤمن عليه الإنسان نحو قوله تعالى .. « وتخونوا أماناتكم(١٠) . أى ما أئتمنتم عليه ، وقوله تعالى .. إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولا(١١) . « قيل هى كلمة التوحيد وقيل العدالة . .

---

(١) لسان العرب / ١٦ / ص ١٦ . (٢) البقرة / ١٢٥

(٣) سورة التين / ٣ . (٤) الدخان / ٥١ .

(٥) المصباح المنير ١ / ٤١ . (٦) سورة يوسف / ٧٤ .

وانظر المعجم الوسيط جـ ١ ص ٢٧ . (٧) لسان العرب جـ ١٦ ص ١٦٧

(٨) سورة يوسف / ١٧ : (٩) المعجم الوسيط جـ ١ ص ٢٨ .

(١٠) سورة الأنفال / ٢٧ . (١١) سورة الأحزاب / ٧٢ .

وقيل العقل وهو صحيح فإن العقل هو الذى بحصوله يتم تعلم كل ما فى إطوق البشر تعلمه وبه فضل الإنسان على كثير ممن خلق(١) .

وقد يكون معنى الأمانة فى هذه الآية .. الفرائض المفروضة — أو النية التى يعتقدها فيما يظهره من الإيمان ويؤديه من جميع الفرائض(٢) .

وأعطيته من أمن مالى : أى من خالصه وشريفه . وما أحسن أمنك : أى دينك وخلقك(٣) .

وأمن على الشيء : دفع مالا منجما لينال هو أو ورثته قدراً من المال متفقا عليه أو تعويضاً عما فقد يقال أمن على حياته أو على داره أو على سيارته (وهى كلمة محدثة)(٤) .

واستأمن إليه : استجاره وطلب حمايته ويقال استأمن الحربى أى استجار ودخل دار السلام مستأمنا .. والأمين من يتولى رقابة الشيء .

وأما دليل أن الإيمان هو الصدق فهو فى قوله تعالى .. إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله ثم لم يرتابوا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله أولئك هم الصادقون(٥) .

قال الزجاج : صفة المؤمن أن يكون راجيا ثوابه خاشياً عقابه .

وفى حديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المؤمن من أمنه الناس على أموالهم وأنفسهم « رواه ابن ماجه وهو صحيح . و « المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده ، والمهاجر من هجر ما نهى الله عنه والذى نفسى بيده لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه « رواه أحمد فى مسنده » .

وفى حديث عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن المؤمن فقال .. المؤمن من ائتمنه الناس على أموالهم وأنفسهم رواه ابن ماجة فى سننه .

---

(١) المفردات فى غريب القرآن/ص٢٥ (٢) القاموس المحيط ج ١

(٢) نفس المرجع . (٤) المعجم الوسيط ١/ ٢٧ ، ٢٨

(٥) الحجرات/ ١٥ .

قال : ابن الأثير فى اسم الله (المؤمن) هو الذى يصدق عباده وعده فهو من الإيمان والتصديق ، أو يؤمنهم فى القيامة من عذابه فهو من الأمان ضد الخوف . قال ثعلب فى الحديث الذى رواه جابر .. « ما آمن بى من بات شبعانا وجاره جائع بجنبه وهو يعلم به » (رواه الطبرانى والبزار) معناه ما آمن بى شديد الإيمان . أى ينبغى له أن يواسيه(١) .

وهكذا نجد كتب اللغة فى مجموعها تعتمد فى تفسير مداول مادة « أمن » على نصوص قرآنية وأحاديث نبوية جاءت بها المادة أو تصريفاتها المستعملة قديماً وحديثاً .

التعريف بالتأمين

تناول الباحثون عقد التأمين بالتعريف ، وجاءت تعريفاتهم وفقا لنظرتهم إلى التأمين وهذه بعض التعريفات :

رأى الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا .

التعريف بنظام التأمين وعقده :

يميز علماء القانون بين نظام التأمين باعتباره فكرة وطريقة ذات أثر اقتصادى واجتماعى ترتكز على نظرية عامة ذات قواعد فنية وبين عقد التأمين باعتباره تصرفاً قانونياً ينشىء حقوقاً بين طرفين متعاقدين وتطبيقاً عملياً لذلك النظام .

(أ) فنظام التأمين يمكن تعريفه وفقاً للنظرية العامة فى نظـــر علماء القانون بأنة :

نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة غايتة التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاول عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية .

---

(١) ج ١٦ ص ١٦٧ و ١٦٨

(ب) أما عقد التأمين فتعريفه كما جاء فى المادة ٧١٣ من القانون المدنى السورى (٧٤٧ من القانون المدنى المصرى الجديد مع بعض تحويل فى الصياغة) أنه :

« عقد بين طرفين أحدهما يسمى (المؤمن) ، والثانى (المؤمن له، أو المستأمن يلتزم فيه المؤمن بأن يؤدى إلى المؤمن له لمصلحته مبلغا من المال، أو إيراداً مرتبا ، أو أى عوض مالى آخر ، فى حالة وقوع حادث أو تحقق خطر مبين فى العقد وذلك فى مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له إلى المؤمن .

ويقول الأستاذ عيسوى أحمد عيسوى :

لعل أدق التعريفات وأوفرها حظا من التوفيق عند هؤلاء العلماء ذلك التعريف الذى أورده الأستاذ (هيمار) بكتابه فى شرح التأمين فقـــد عرف التأمين على الوجه التالى :

« التأمين عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن على تعهد بمقتضاه يدفع هذا الأخير أداء معينا عند تحقق خطر معين وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المعاوضة وفقا لقوانين الإحصاء . » ويقول الأستاذ جمال الحكيم : « إن هذه التعاريف كلها لا تجمع بين الجانب الفنى وجانب علاقة ما بين المؤمن له والمؤمن وإن التعريف الجامع المانع يكون : » التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدى إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراداً مرتبا أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك فى نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن ، ويتحمل بمقتضاه المؤمن تبعة مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة بينها وفقا لقوانين الإحصاء .

أركان التأمين كعقد من العقود :

يرى الأستاذ توفيق على وهبه أن تعريف التأمين يجعلنا نقول إن أركانه هى :

ـ الخطر . ٢ ـ القسط . ٣ ـ العوض المالى .

٤ ـ المصلحة فى التأمين ويذكر كلمة عن كل ركن من هذه الأركان :

١ ـ الخطـــر :

فالخطر عبارة عن حادث مستقبل محتمل الوقوع ولا يتوقف تحققه على محض إرادة المؤمن له أى يقع دون إرادته .

٢ ـ القسط :

أما القسط فهو المبلغ الذى يدفعه المؤمن له شهرياً أو سنوياً حسب الاتفاق لتقوم الشركة بمقتضاه بتحمل تبعة المخاطر المؤمن ضدها ، فالقسط فى التأمين بمثابة الثمن فى البيع(١) أو الأجرة فى الإيجار ويشمل القسط ما يوازى قيمة الخطر بالإضافة إلى المصاريف التى تتكلفها الشركة وكذا الأرباح ويسمى القسط فى مجموعه بالقسط التجارى .

٣ ـ العوض المالى :

العوض المالى وهو إما أن يكون تعويضاً يقدر بحسب قيمة الخسارة الناتجة عن تحقق الخطر المؤمن ضده وإما أن يكون مبلغاً محدداً نص عليه فى عقد التأمين بالعوض يدفع حسبما اتفق عليه بين المؤمن والمؤمن له .

٤ ـ المصلحة فى التأمين :

نصت المادة ٧٤٩ من القانون المدنى المصرى على أن : « يكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر التأمين فمن المحتم أن يكون هنـاك مصلحة واضحة للمستأمن إذ أن انعدام مصلحة الشخص فى التأمن من شأنه أن يزيد فى نسبة المخاطـر المفتعلة التى يمهد لها المستأمن سبل وقوعها غير آبه بانعـدام الشىء محل التأمين لانعدام مصلحته فى المحافظة عليه . ويكون الأمر أشـد خطورة إذا

(١) هذه كلمة حق . . ولطالما نبهنا إلى أن التأمين التجارى يقوم على « بيع الأمن » والأمن لا يباع ولا يشترى ـ راجع للمؤلف « التأمين بين الحل والتحريم ـ

كان المؤمن عليه شخصاً غير المستأمن فانعدام المصلحة يعرض حياة المؤمن عليه للخطر .

على أن بعض علماء القانون يرون أن التأمين كغيره من العقود اللازمة يعتمد على أركان ثلاثة هى : التراضى بين المتعاقدين ، محل العقد ، السبب الذى يقوم عليه العقد . وهـــذا نص إجمالى لما فصله بعض الباحثين كما ذكر الأستاذ توفيق وهبه .

* خصائص عقد التأمين :

جاء فى بحث لهيئة كبار العلماء بالسعودية (رجب عام ١٣٩٤ ﻫ) عن خصائص عقد التأمين(١) :

١ — أنه عقد من عقود التراضى باعتبار أن الإيجاب والقبول ضروريان فيه وهما ملزمان .

٢ — أنه عقد احتمالى لأن خسارة أو ربح كل من طرفى العقد غير معروف وقت العقد وهو فى القانون المصرى يجىء الحديث عنه تحت العقود المسماه بـ « عقود الغرر » .

٣ — أنه عقد مستمر حيث أنه لايتم الوفاء بالالتزام المترتب عليه بصفة فورية ، وإنما يستغرق الوفاء بهذا الالتزام مدة من الزمن هى مدة نفاذ العقد .

٤ — أنه عقد إذعان حيث يتولى أحد طرفيه وضع الشروط التى يريدها ويعرضها على الطرف الآخر فإن قبلها دون مناقشة أو تعديل أبرم العقد وإلا فلا .

٥ — أنه عقد معاوضة من حيث إن كل واحد من طرفيه يأخذ مقابلا لما يعطى .

٦ — عقد ملزم للجانبين حيث إنه ينشىء التزامات متقابلة فى ذمة كل طرف

---

(١) جاء ذكر الخصائص المبينة فى هذه الفقرة على سبيل التمهيد لمناقشة الموضوع . . وهى منسوبة لأصحابها . . أما رأى هيئة كبار العلماء فقد جاء فى ختام البحث .

من طرفيه قبل الآخر وتنشأ هذه الالتزامات — على رأى — من اللحظة التى يتم فيها العقد بركنيه الإيجاب والقبول..

٧ — عقد مسمى والعقود المسماة هى التى تخضع للأحكام العامة من حيث انعقادها .. وللقواعد التى تقررها الأحكام القانونية فيما يتعلق بالتفصيل .

٨ — عقد من عقود حسن النية إذ أن حسن النية صفة لازمة لكل عقود التراضى بمعنى أنه يجب على كلا الطرفين التصرف بأمانة وإخلاص .

٩ — عقد مدنى تجارى ذلك أن أعمال التأمين فى الغالب تمارس من خلال مؤسسات تجارية .

وهذه الخصائص المميزة لعقد التأمين جديرة بالمناقشة حين الحكم عليه من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، وحين الحديث عن مزايا التأمين وأضراره ، إذ طال الحديث فى هذا الأخير لدى كثير من الباحثين..

(الوظائف التى يقوم بها التأمين)

للأستاذ / عيسوى أحمد عيسوى

يقولون : إن للتأمين أغراضاً يحققها ، ووظائف . ينهض بها ، فالقصد الأول من التأمين والغاية القريبة التى ينشدها المؤمن له من ورائه هو أنه يحقق له الحصول على مبلغ من المال فى حالة وقوع الخطر للمؤمن منه إلا أن وراء هذه الغاية الفريدة المباشرة للتأمين غايات أخرى يحققها ووظائف يقوم بها ، ويمكن إجمال هذه الوظائف فى ثلاث :

١ — فالتأمين عامل من عوامل الأمان..

٢ — وهو وسيلة من وسائل الائتمان .

٣ — ثم إنه وسيلة من وسائل تكوين رؤوس الأموال ..

وتفصيل هذه الوظائف فيما يلى :

الوظيفة الأولى : التأمين عامل من عوامل الأمان :

إن التأمين يبعث فى نفوس الأفراد الأمان والطمأنينة لأنه من قبل الاحتياط لأحداث المستقبل ومفاجآت القدر فهو يؤمن الشخص من خسارة قد تلحقه فى ماله أو تصيبه هو أو غيره فى نفسه.

وهذا الأمان الذى يحققه التأمين نجده فى نوعى التأمين، فى التأمين من الأضرار وتأمين الأشخاص على السواء. ففى التأمين من الأضرار يحتاط الشخص للخسارة التى قد تصيب ماله من حريق أو غرق أو تلف وقد يكون هذا المال هو كل ما يملكه أو هو ثمرة جهاد العمر وكذلك الحال فى تأمين المسئولية فقد ازدادت حالات المسئولية وأسبابها فى العصر الحديث زيادة كبيرة ، فمن طريق التأمين يستطيع الشخص أن يجنب نفسه نتائج هـــذه المسئولية ، وأن يباشر نشاطه فى اطمئنان ودون خوف وكذلك الشأن فى التأمين على الأشخاص ، فإن الإنسان معرض فى حياته لعجز يقعده عن العمل أو مرض يهدد كيانه ثم هو يعلم أنه ميت لا محالة وقد يترك من ورائه ذرية ضعافا يخاف عليهم ، فالتأمين يستطيع الإنسان به أن يؤمن نفسه وعياله فى مواجهة هذه المخاطر جميعا .

الوظيفة الثانية : التأمين وسيلة من وسائل الائتمان :

ويقولون إن التأمين وسيلة من وسائل الائتمان وعامل من عوامل تنشيطه فى المجتمع فهو يساعد الفرد فى الحصول على ما يحتاج من ائتمان بوسائل متعدده ذلك أن الوسيلة التى يعتمد عليها أغلب الأفراد فى الحصول على ما يحتاجون إليه من قروض هى تقديم مال من أموالهم ضماناً للقرض ، فالمدين يرهن للدائن عقارا أو منقولات من أمواله وما دام هذا المال موجوداً لم يتلف أو يهلك يظل الضمان قائماً ومتحققاً ولكن هذا المال قد يفقد أو يغرق أو يحرق فيضيع ما كان يعول عليه الدائن من ضمان ، فتفادياً لهذا الاحتمال وتمكيناً للدائن من الحصول على حقه جرت العادة على أن يلزم المقرض المقترض بأن يؤمن على الشىء المرهون ضد السرقة أو ضد الحريق حتى إذا وقع شىء من ذلك حل التأمين محل الشىء المرهون واستطاع الدائن أن يستوفى حقه من عوض التأمين .

وكذلك إذا لم يكن لدى الراغب فى الائتمان مال يقدمه ضماناً للدائن وكان يعتمد فى سداده الدين على ثمرة عمله فانه يستطيع الحصول على الائتمان الذى ينشده إذا هو أمن على حياته لصالح الدائن فيؤول مبلغ التأمين فى حالة وفاته إلى دائنه .

الوظيفة الثالثة : تكوين رؤوس الأموال :

كذلك يؤدى التأمين وظيفة مهمة : هى تكوين رؤوس الأموال عن طريق جمع الأقساط التى يدفعها المستأمنون وهذه المبالغ الطائلة يجب بطبيعة الحال أن توظف فى أوجه النشاط المختلفة . فالأموال التى تجمعها شركات التأمين تفيد المستأمنين والاقتصاد القومى على السواء .

ثم إن التأمين من جهة أخرى يساعد الدولة فى الحصول على ما تحتاجه من قروض . فشركات التأمين تحتفظ تحت أيديها بمبالغ طائلة وهى تستطيع أن أن تستثمر هذه المبالغ فى السندات العامة التى تصدرها الدولة(١) .

آراء العلماء المسلمين فى التأمين :

ولا نعرف أحداً من فقهاء المذاهب المتأخرين بحث فى عقد التأمين لمعرفة موقف الفقة الإسلامى منه قبل العلامة محمد بن عابدين صاحب حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه المذهب الحنفى ، لأن هذا الضرب من التعامل لم يعرف فى البلاد الإسلامية إلا فى القرن الثالث عشر الهجرى حيث قوى الاتصال التجارى بين الشرق والغرب إبان النهضة الصناعية فى أوربا ، وذلك عن طريق التأمين على السلع المستوردة من البلاد الأوربية بواسطة الوكلاء التجاريين الأجانب الذين كانوا يقيمون فى البلاد الإسلامية لعقد صفقات الاستيراد فقد أدخل هؤلاء عقد التأمين إلينا مبتدئاً من التأمين البحرى على هذه الصفقات المستوردة .

وقد أورد ابن عابدين — فى حاشيته على الدر المختار — بحثاً قيماً استخرج به حكم الشريعة فى التأمين على الأموال ، لأنه هو الذى كثر السؤال عنه فى زمنه ، معبراً عنه باسم (السوكرة) وقد ساق الأدلة المقنعة فى هذا الشأن .

---

(١) واضح أن الفقرة السابقة نموذج من المادة الدعائية التى تعدها شركات التأمين .. وقد يتأثر بها البعض .

آراء العلماء المعاصرين فى عقد التأمين :

تناول بعض الأفاضل من العلماء المعاصرين الموضوع لبيان الحكم فيه من وجهة نظر الشريعة الإسلامية ، وكان ذلك عن طريق البحث المستفيض المدعم بالأدلة أحيانا ، أو عن طريق الفتوى والرأى الإجمالى أحيانا أخرى ، والمتتبع لما كتبه هؤلاء العلماء . أو نقل عنهم ، يرى أنهم انقسموا فى هذا الشأن إلى ثلاث فرق :

١ — فذهب الفريق الأول — وهم الأكثر عدداً — إلى عدم جواز هذا الضرب من التعامل مطلقاً ، أى سواء كان التأمين على الحياة ، أم كان على الأموال أم كان ضد الأضرار الناشئة من المسئولية ، ومن هذا الفريق المرحوم الشيخ محمد بخيت مفتى الديار المصرية الأسبق ، فقد حكم بمنع هذا التعامل فى فتوى له ردا على سؤال ورد إليه من بعض العلماء المقيمين بولاية سلانيك بالدولة العثمانية فى ذلك الوقت ، ومن هذا الفريق أيضاً الأستاذ الأكبر الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الجامع الأزهر السابق فى فتوى له فى هذا الموضوع ، ومنه بعض علماء المغاربة الذين أشار إليهم العلامة محمد بن الحسن الحجوى الثعالبي فى كتابه « الفكر السامى » .

٢ — وذهب الفريق الثانى إلى جواز التعامل بكل أنواع التأمين ، من غير تفرقة بين نوع ونوع بشرط أن يكون خالياً من الربا .

ومن القائلين بهذا الرأى الأستاذ مصطفى الزرقا فى بحث له ألقاه فى أسبوع الفقه الإسلامى المنعقد فى دمشق من ١٥ — ٢٠ شوال سنة ١٣٨٠هـ (أول أبريل سنة ١٩٥١) ونشر فى مجلة دنيا القانون بالأعداد (الخامس والسادس والسابع) ، (والثامن والتاسع والعاشر) و (الحادى عشر) من السنة الثالثة ١٩٦١م .

ومن القائلين بهذا الراى أيضاً المرحوم الشيخ عبد الرحمن عيسى فى كتاب له عن المعاملات المستحدثة ، والدكتور محمد يوسف موسى .

فقد وجهت مجلة الأهرام الاقتصادى سؤالا إلى عدد من علماء الشريعة والقانون عن التأمين والمستندات والأسهم منشورا فى العدد (١٣٢) منها الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٦١م ، فأجاب الدكتور محمد يوسف موسى بقوله :

إن التأمين بكل أنواعه ضرب من ضروب التعاون الذى يفيد المجتمع ، والتأمين على الحياة يفيد المؤمن كما يفيد الشركة التى تقوم بالتأمين أيضاً ، وأرى شرعاً أنه لا بأس به إذا خلا من الربا ، بمعنى أن المؤمن عليه إذا عاش المدة المنصوص عليها فى عقد التأمين استرد ما دفعه فقط دون زيادة ، أما إذا لم يعش المدة المذكورة ، حق لورثته أن يأخذوا قيمة التأمين (أى التعويض) وهذا حلال شرعاً)(١).

٣ — وذهب الفريق الثالث إلى التفرقة بين أنواع التأمين ، فأجازوا بعض أنواعه دون بعضها الآخر ومنهم من توسع فى صور الجواز ، ومنهم من ضيق فيها .

ومن هذا الفريق أيضاً العلامة محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى أستاذ العلوم العاليه بالقرويين ، فقد أجاز ضمان الأموال ومنع ضمان الأنفس .

ومن هذا الفريق أيضاً الأستاذ أحمد طه السنوسى فقد نشر له بحث مستفيض فى مجلة الأزهر سنة ١٣٧٣هـ . فى العددين الثانى والثالث . من المجلد الخامس والعشرين ، وقد عالج فى هذا البحث التأمين من المسئولية ، وانتهى إلى جوازه قياسا على عقد الموالاة الذى اعتبره بعض الفقهاء سببا من أسباب الإرث ، أما التأمين على الأشخاص والتأمين على الأموال فلم يتناولها .. لأن التشابه التام مع عقد الموالاة الإسلامى إنما هو فى التأمين من المسئولية فقط .

ومن القائلين بالتفرقة أيضاً وهم إلى المنع أقرب ، الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهره ، فقد نشر تصريحاً له فى العدد الآنف الذكر من مجلة الأهرام الاقتصادى قال فيه :

(إن التأمين على السيارات(٢) مثلا لضمان إصلاحها ليس حراما وإن كان فى النفس منه شىء ، والتأمين على الحياة نوع من المقامرة لأنه وإن دفع شخص بعض المال ومات فبأى حق يستحق كل المبلغ ؟ وإن عاش حتى نهاية مدة التأمين فإنه يأخذ المال الذى دفعه مع فائدة وهذا ربا) .

---

(١) هذا قول الأستاذ مصطفى الزرقاء ، وقد أخذ به الدكتور محمد يوسف موسى ، ونحن نعارضه .

(٢) لقد عدل المرحوم الشيخ محمد أبو زهر عن قوله هذا فى خصوص التأمين على السيارات ، وثبت على تحريم التأمين التجارى بكل فروعه — راجع للمؤلف « التأمين بين الحل والتحريم » .

هذه آراء العلماء إجمالا ، وهانحن نذكر بعض الأمثلة :

رأى المرحوم الشيخ محمد بخيت المطيعى :

قلنا أن المرحوم الشيخ محمد بخيت كان من بين القائلين بمنع عقد التأمين وحرمته بجميع أنواعه وقد جاء حكم التأمين على الأموال فى رده على سؤال موجه إليه من بعض العلماء المقيمين بولاية سلانيك التى كانت تابعة للدولة العثمانية ونشر هذا الرد ضمن ثلاث رسائل للمؤلف تحمل عنوان « ثلاث رسائل » .

وجاء فيه بعد الديباجة (ورد خطابكم .. وبه تذكرون أن المسلم يضع ماله تحت ضمانة أهل « قومبانية » تسمى قومبانية « السوكرتاه » ، أصحابها مسلمون أو ذميون أو مستأمنون ويدفع لهم فى نظير ذلك مبلغاً معيناً من الدراهم ، حتى إذا هلك ماله الذى وضعه تحت ضمانهم يضمنونه له بمبلغ مقرر بينهم من الدراهم ، وتستفهمون عما إذا كان له شرعا أن يضمنهم ماله المذكور إذا هلك بحرق أو نحوه أم لا يكون ذلك ، وعما إذا كان يحل له ما أخذه من الدراهم إذا ضمنوا له ما هلك من ماله أم لا يحل ذلك ، وعما إذا كان يشترط فى حل ما يأخذه من الدراهم بدلا من ماله الهالك أن يكون كل من العقد وأخذ الدراهم المذكورة فى غير دار الإسلام ، أم يكفى أن يكون العقد فى غير دار الإسلام ، فإذا هلك المال الموضوع تحت الضمان كان لصاحبه أن يأخذ الدراهم المقررة بدلا من ماله الهالك ويستلمها فى دار الإسلام من وكيلهم الذمى والمستأمن فيها ، وعما إذا كان يحل لأحد الشركاء أن يعقد بغير دار الإسلام ، ثم يعود بما أخذ إلى دار الإسلام أو يبعث به إلى شريكه أو وكيله بها ، أم لا يحل ذلك أيضاً ؟ وقلتم إن ذلك مما عمت به البلوى فى الديار التى أنتم بها الآن .

وقد أجاب عن هذا السؤال بما ملخصه :

إن المقرر شرعا أن ضمان الأموال إما أن يكون بطريق الكفالة ، أو بطريق التعدى أو الإتلاف ، أما الضمان بطريق الكفالة فليس متحققاً هنا قطعاً ، لأن شرطه أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، أو

عيناً مضمونة بنفسها ، بل يجب على المكفول عنه تسليمها بعينها للمكفول له فإن هلكت ضمن له مثلها فى المثليات وقيمتها فى القيميات ، وذلك كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً ، وبدل الخلع ، وبدل الصلح عن دم عمد ، وعلى ذاك لا بد من كفيل يجب عليه الضمان ، ومن مكفول له يجب تسليم المال المضمون إليه ، ومكفول عنه يجب تسليم المال عليه ، ومن مكفول به يجب تسليمه للمكفول له ، وبدون ذلك لا يتحقق عقد الكفالة . ولا شبهة فى أنها لا تنطبق على العقد المذكور فإن المال الذى جعله صاحبه تحت ضمان أهل القومبانية لم يخرج عن يده ولا يجب عليه تسليمه لأحد غيره ، فلم يكن ديناً عليه أداؤه ، ولا عيناً مضمونة عليه بنفسها يجب عليه تسليم عينها قائمة أو مثلها أو قيمتها هالكة ، فأهل القومبانية لو ضمنوا يضمنون مالا المالك له ، وهو لم يزل تحت يده ، يتصرف فيه كيف يشاء فلا يكون شرعا من ضمان الكفالة .

وأما الضمان بطريق التعدى أو الإتلاف فالأصل فيه قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » — سورة البقرة — الآية ١٩٤ . فهذا الضمان إنما يكون على المتعدى كالغاصب إذا هلك مغصوبه ، أو على المتلف كالشريك الموسر إذا أعتق نصيبه فى عبد مشترك وأتلف بالعتق نصيب الشريك الآخر ، وأهل القومبانية لم يتعد واحد منهم على ذلك المال ولم يتلفه ولم يتعرض له بأدنى ضرر ، بل إن المال قد هلك بالقضاء والقدر ؛ ولو فرض وجود متعد أو متلف فالضمان عليه دون غيره ، فلا وجه حينئذ لضمان أهل القومبانية من هذه الطريق أيضاً .

وعلى هذا يكون هذا العقد عقد التزام بما لا يلزم شرعا ، لعدم وجود سبب يقتضى وجوب الضمان شرعا ، والضمان لا يجب على أهل القومبانية ، والعقد المذكور لا يصلح سببا شرعياً لوجوب الضمان ، ولا يجوز أن يكون العقد المذكور عقد مضاربة كما فهمه بعض العصريين لأن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب والربح على ما شرطا ، والعقد المذكور ليس كذلك . لأن أهل القومبانية يأخذون المال على أن يكون لهم ،

يعملون فيه لأنفسهم ، فيكون عقداً فاسداً شرعا . وذلك لأنه معلق على خطر تارة يقع وتارة لا يقع فهو قمار معنى .

رأى الشيخ محمـــد بن الحسن الحجوى الثعالبى :

هو يرى جواز التأمين على الأموال دون التأمين على الأنفس ، وعنده أن الحاجة ماسة إلى النوع الأول بل الضرورة تقضى به ، وليس كذلك الثانى فيبقى على المنع ، وقد عقد فصلا فى كتابه الفكر السامى تحت عنوان (مسألة عمت بها البلوى وهى الضمان المسمى « سكرتاة ») تصدى فيه بالرد على ثلاث فتاوى بتحريم التأمين صدرت من علماء زمانه ، وخلاصة ما قاله إن المفتين الثلاثة قد اتفقوا على المنع ، ولكن اختلفوا فى تعليل هذا المنع ، فمنهم من علل بالغرر ، ومنهم من علل بالقمار ، ومنهم من قال إنه ضمان . وهذا كله يجعل هذه الفتاوى الثلاث فاسدة . وله فى مناقشتهم كلام طويل وإن كان لا يسلم من الاعتراض عليه .

رأى الأستاذ أحمد طه السنوسى :

يرى الأستاذ أحمد طه السنوسى أن عقد التأمين من المسئولية جائز شرعا ، وقد نشر هذا الرأى فى بحث مستفيض له فى مجلة الأزهر سنة ١٣٧٢ هـ متسلسلا فى عددين هما الثانى والثالث من المجلد الخامس والعشرين .

وقد احتج الأستاذ السنوسى لجواز عقد التأمين من المسئولية بقياسه على عقد الموالاة الذى يقرر فريق من العلماء أنه سبب من أسباب الإرث شرعا ، ومن هؤلاء العلماء عمر وعلى وابن مسعود ، وبمذهبهم أخذ أبو حنيفة وأصحابه .

وعقد الموالاة هو أن يعقد شخص مع آخر ليس له أقرباء عقد محالفة على أن يعقل عنه إذا حى ويرثه إذا مات . فإن هذا العقد تنشأ عنه رابطة حقوقية بين عاقديه شرعا قوامها التزام العاقد الأعلى الذى يسمى مولى الموالاة بأن يتحمل الموجب المـــالى عن جناية الآخر فى حالة الخطأ فى مقابل أن العاقد الأعلى يرث الآخر إذا مات دون وارث .

فعقد التأمين عن المسئولية يشبه عقد الموالاة من حيث إن كلا منهما التزام بالموجب المالى الناشىء عن مسئولية أحد عاقديه . ففى عقد الموالاة التزم مولى الموالاة بدفع الموجب المالى الناشىء عن جناية الخطأ الصادرة من العاقد الآخر ، وفى عقد التأمين التزم المؤمن (الشركة) دفع الموجب المالى الناشىء عن مسئولية المؤمن له ، وفى مقابل هذا الالتزام يكون للملتزم فى العقدين عوض مالى هو الميراث فى عقد الموالاة ، والمال الذى يدفعه المؤمن له فى عقد التأمين .

وقد حصر الأستاذ السنوسى بحثه هذا فى التأمين من المسئولية ، أما التأمين على الأموال والتأمين على الأشخاص فلم يتناولهما لأن التشابه التام عنده مع عقد الموالاة الإسلامى إنما هو فى التأمين من المسئولية .

رأى الأستاذ مصطفى الزرقا :

هو من أشهر الذين قالوا بالجواز المطلق للتأمين ، وله فى هذا الصدد بحوث عديدة ، أما أدلته على الجواز فتتلخص فيما يلى :

١ — إن عقد التأمين فى جميع صوره وأشكاله عقد تعاون وتضامن اجتماعى إذ أن الفكرة الأساسية فيه هى التعاون على ترميم آثار الكوارث الواقعة على الإنسان فى نفسه أو ماله فى مجال نشاطه العملى ، وذلك بطريق التعاون على تجزئة الكوارث وتفتيتها وتوزيعها على مجموع المستأمنين بدلا من أن يتحمل أضرارها الشخص المصاب وحده ، والتعاون فى الخير أمر تقره الشريعة وتدعو إليه .

٢ — إن عقد التأمين يؤدى وظائف مهمة ونافعة ، فهو يمنح الأمان والطمأنينة للمستأمن على ماله ومستقبل حياته ، وهذا الأمان هو أعظم ثمرات الحياة ، وهو الذى من به الله على قريش بقوله « فليعبدوا رب هذا البيت الذى أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف »(١) .

٣ — إنه لا يوجد مانع شرعى يمنع من جواز هذا العقد ، لأن الأصل فى العقود الإباحة عند أكثر العلماء ، وهو الراجح فى الفقه الإسلامى ، فللإنسان

---

(١) الاستدلال بالآية الكريمة هنا ، فى غير موضعه (المؤلف) راجع « التأمين بين الحل والتحريم » .

إحداث أى عقد تدعو الحاجة إلى إنشائه ما لم يرد بخصوصه نص يمنعه أو يخالف قواعد الشريعة العامة القطعية ، وعقد التأمين لم يرد بخصوصه نص يمنعه . وليس فيه ما يخالف قواعد الشريعة ، فضلا عن أنه تقتضيه حاجة الناس فيكون جائزاً شرعا.

٤ — وعلاوة على ذلك، يرى أن فى أحكام الشريعة وأصول فقهها ونصوص الفقهاء ما يصلح أن يكون مستنداً قياسياً واضحاً فى جواز عقد التأمين ، وخص بالذكر من ذلك عقد الموالاة ، وضمان خطر الطريق عند الحنفية ، والوعد الملزم عند المالكية ونظام العاقلة فى الإسلام ، وضمان الأجير للحراسة ، ونظام التقاعد والمعاش للموظفين .

(ا) أما عقد الموالاة فيرى أنه يكاد يكون نصا صريحا فى التأمين من المسئولية كما سبق بيانه فى تلخيص رأى الأستاذ أحمد طه السنوسى .

(ب) وأما صحة ضمان خطر الطريق فيما إذا قال شخص لآخر : « اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أصابك فيه شىء فأنا ضامن » فسلكه فَؤُخِذَ ماله حيث يضمن القائل ، وهو ما نص عليه الحنفية فى الكفالة ، فهو يرى فى ذلك النص فكرة فقهية يصلح بها أن يكون نصا استثنائيا قويا فى تجويز التأمين على الأموال من الأخطار .

(ج) أما قاعدة الوعد الملزم عند المالكية فخلاصتها أن الشخص إذا وعد غيره عدة بقرض أو بتحمل وضيعة أو إعارة أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه فى الأصل ، فهل يلزم بالوفاء بوعده قضاء أم لا يلزم ؟ اختلف فقهاء المالكية فى ذلك على أربعة أقوال ، فمنهم من يقول إن الوعد غير ملزم مطلقا ، ومنهم من يقول هو ملزم مطلقا ، ومنهم من يقول ، هو ملزم إذا بنى على سبب وإن لم يباشر الموعود ذلك السبب ، كما لو قال شخص لآخر ، إنى أريد أن أقرضك كذا لتتزوج ، فإن الواعد ملزم ولو لم يتزوج الموعود ، ومنهم من يقول إن الواعد لا يلزم بوعده إلا إذا بنى الوعد على سبب ودخل الموعود فى ذلك السبب فعلا ، كما إذا وعده بأن يسلفه ثمن شىء يريد شراءه فاشتراه فعلا ، أو مبلغ المهر فى الزواج فتزوج ونحو ذلك ،

وهذا هو الراجح فى المذهب من بين هذه الآراء الأربعة . أما عند الحنفية والشافعية فإن الوعد لا يكون ملزما .

وبناء على مذهب المالكية يرى تخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من المؤمن للمستأمن واو بلا مقابل على سبيل الوعد بأن يتحمل عنه أضرار الحادث الخطر الذى هو معرض له ، أى أن يعوض عليه الخسائر ، فقد نص أصحاب الرأى الرابع على أنه (لو قال شخص لآخر بع كرمك الآن وإن لحقتك من هذا البيع وضيعة فأنا أرضيك ، فباعه بالوضيعة ، كان له على القائل أن يرضيه بما يشبه ثمن ذلك الشىء المبيع والوضيعة) قال ابن رشد : لأنها عدة على سبب ، والعدة إذا كانت على سبب لزمت بحصول السبب ، فهذا النص الصريح يمكن تخريج عقد التأمين عليه ، لأن أقل ما يقال فيه أنه التزام تحمل الخسارة عن الموعود فى حادث معين محتمل الوقوع بطريق الوعد الملزم نظير الالتزام بتحمل خسارة المبيع عن البائع فى المثال المتقدم .

(د) أما نظام العواقل فى الإسلام فهو نظام وردت به السنة الصحيحة الثبوت وأخذ به أئمة المذاهب ، وخلاصته أنه إذا جنى أحد جناية قتل غير عمد وكان موجبها للدية فإن الدية للقتيل توزع على أفراد عائلة القاتل الذين يجعل بينه وبينهم التناصر عادة ، وهم الرجال البالغون الذين من أهله وعشيرته وكل من يتناصر هو بهم ويعتبر هو واحدا منهم فتقسط الدية عليهم فى ثلاث سنين بحيث لا يصيب أحداً منهم أكثر من أربعة دراهم فى السنة .

وهذا النظام كان معمولا به قبل الإسلام فكانت عاقلة القاتل تتحمل عنه تكرما واصطناعا بالمعروف ، فجاء الشرع وقرره وجعله إلزاميا .

يقول الأستاذ الزرقا : إن نظام العواقل يهدف إلى غايتين : الأولى تخفيف أثر المصيبة على الجانى المخطىء ، والثانية صيانة دماء ضحايا الخطأ من أن تذهب هدراً لأن الجانى المخطىء قد يكون فقيراً لا يستطيع التأدية فتضيع ، الدية ، وإذا كان

الشرع قد قرر هذا النظام التعاونى بطريق التعاقد فى صورة عقد التأمين لكى تخفف آثار الكوارث بتوزيعها على كثيرين .

وهل المصلحة التى يراها الشرع الإسلامى بالغة من القوة درجة توجب جعلها إلزامية بحكم الشرع .. تصبح مفسدة إذا حققها الناس على نطاق واسع بطريق التعاقد والمعاوضة التى يدفع فيها القليل لصيانة الكثير وترميم الضرر الكبير من مختلف الكوارث ؟

(هـ) أما نظام التقاعد أو المعاش فهو يقوم على أساس أن يقتطع جزء من المرتب الشهرى للموظفين فى أعمال الدولة ، حتى إذا بلغ أحدهم سن الشيخوخة القانونية وأحيل إلى التقاعد أخذ وهو غير موظف عامل راتباً شهرياً يبلغ أضعافاً مضاعفة من المبلغ الذى كان يقتطع من راتبه شهرياً ويستمر المرتب التقاعدى الجديد ما دام حياً مهما طالت حياته ، وينتقل إلى أسرته التى يعولها من زوجة وأولاد وغيرهم بشروط معينة بعد وفاته ، فما الفرق بين هذا النظام وبين التامين على الحياة ؟ .

إن فى كليهما يدفع الشخص قسطاً ضئيلا دورياً لا يدرى كم يستمر به دفعه وكم يبلغ مجموعه عند التقاعد ، وفى كليهما يأخذ الشخص أو أسرته فى مقابل هذا القسط الدورى الضئيل مبلغاً كبيراً دوريا أيضاً فى التقاعد وفوريا فى التأمين على الحياة يتجاوز كثيراً مجموع الأقساط ولا يدرى كم يبلغ مجموعه فى التقاعد إلى أن ينقضى الاستحقاق ، بينما هو محدود معلوم المقدار فى التأمين على الحياة ، فالغرر والجهالة فى نظام التقاعد أعظم منهما فى التأمين على الحياة .

إن نظام التقاعد يقره علماء الشريعة ويعملون به ويرونه أساساً ضروريا فى نظام وظائف الدولة ومصلحة عامة لا بد منها ، فلماذا يحسن وجود هذا النظام التقاعدى ترتيبا يقوم بين الدولة وموظفيها ولا يجوز نظيره تعاقداً ملزماً بين الناس ؟ .

(و) أما عند الاستئجار على الحراسة فالأجير الحارس هنا وإن كان مستأجراً على عمل يؤديه هو القيام بالحراسة ، فإننا نجد أن عمله المستأجر عليه ليس

له أثر أو نتيجة سوى تحقيق الأمان للمستاجر على الشيء المحروس ، واطمئنانه إلى استمرار سلامته من عدوان شخص أو حيوان يخشى أن يسطو عليه ، وليس كعمل الصانع فيما استؤجر على صنعه وعمل الخادم فى الخدمة المستأجر عليها ، فإن هذه أعمال محسة يقوم بها الأجير ، أما الحارس فليس لعمله أى نتيجة سوى هذا الأمان الذى بذل المستأجر ماله للحصول عليه ، وكذلك الحال فى عقد التأمين يبذل فيه المستأمن جزءاً من ماله فى سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التى يخشاها .



فيما تقدم تلخيص لبعض ماذهب إليه الباحثون فى التأمين التجارى .. من حيث إنه نشاط يصدر عن البعض كصورة من صور السعى فى طلب الرزق من أى باب ..

وكذلك عرضنا لبعض ما قيل عن التأمين من حيث إنه « محل » لعقد يعترف به القانون الوضعى .. وننتقل الآن إلى الأمن والتأمين من حيث إنهما من الوظائف العامة ومن عناصر الأمانة التى يحملها ولى الأمر .. أو الدولة فنقول وبالله التوفيق :

الأمن والتأمين

نظرة موضوعية

الحاجات وإشباعها

الحاجة نقص يتطلب التوفية أو ضغط يتطلب التفريج . . والأمن مطلب فطرى، وطالب الأمن ما تعدى ، ولا خلاف فى أن توفير الأمن من الوظائف العامة التى تعرض لإشباع حاجات عامة كالعدل وتوفير فرص كسب المعاش .. أما الحاجات الخاصة كالسعى فى طلب الرزق وإقامة المسكن الخاص فيتولاه الأفراد .

ولقد يذهب بعض الكتاب (المتخصصون فى الدراسات المالية) إلى وجود قدر من التداخل بين بعض الحاجات العامة والحاجات الخاصة من زوايا كثيرة . . ولكن هذا القدر من المسائل المختلف عليها لا يتناول الحاجات التقليدية كالحاجة للعدل والأمن وتوفير فرص العمل فهذه كلها محل إجماع من حيث مسئولية ولى الأمر عن القيام بها — واستنادا لما تقدم يتعين القول بأن رد المظالم وإقامة الحدود وتوفير الأمن للناس . . كل أولئك من شأن الدولة أو السلطات العامة أيا كانت التسمية التى يختارها مجتمع دون آخر . . وهى قطعا لا تدخل فى نشاط الأفراد والشركات.. فإن فعلوا فهم بذلك يتجاوزون الحدود وتخشى من جانبهم المظالم .

الأمن بوجه خاص

وإذ كان الأمن — من بين الحاجات العامة — هو محل النظر فى بحثنا هذا فإنه جدير بمزيد من البيان فنقول .. يقع الأمن فى مجالات ثلاثة بيانها : الأمن داخل البلاد وتتولاه الشرطة والعسكر والحراس ، والأمن عند الحدود وتتولاه الأسلحة التقليدية المشهورة كأسلحة البر والجو والبحر وما قد يستجد من تطوير لهذا كله ، بالإضافة إلى القوة البشرية التى تتولى توفير الأمن بمواجهة الأعداء ، وتأمين النفوس على الحياة والرزق المقسوم والثروة المملوكة للأفراد وكفالة قدر من الغنى عن الناس للأسرة إن هى فقدت العائل أو إذا حل به مكروه بحادث أو بسبب المهنة . . إذن مجالات الأمن ثلاثة على وجه التحديد : أمن داخل البلاد ، وأمن عند الحدود وأمن على الأسرة فى قيامها ونموها وانقضائها . هذا القدر من التقعيد العلمى لمجالات الأمن لا يثير خلافا . . ومع ذلك نرى فى واقع الحياة عجبا .. فالمرتزقة مثلا تكسب العيش بترويع الآمنين فيستخدمهم المعتدى أو المغتصب لكى يقيم دعائم

سيطرته الظالمة.. والفرق بين المجاهد الذى يدافع عن الدين والوطن من ناحية ، وبين المرتزق من ناحية أخرى هو فرق واضح ، فالأول يتخذ فى الحياة منهجا تطمئن إليه الفطرة السليمة وترضى عنه الشريعة .. والآخر يكسب كسباً خبيثاً ويقوم بدور لا يقره شرع ولا عرف — ومن هذه الأمثلة البسيطة يتضح لنا أنه إذا تدخل الأفراد والجماعات من الناس فى مجالات توفير الأمن للمجتمع فإنهم بذلك يعتدون .

الدولة

ومن أعجب ما اشتملت عليه الدراسات الحديثة فى علم السياسة قول الثقات من الكتاب إن الثورة الفرنسية قامت فى ١٤ يوليو ١٧٨٩م .. ومع ذلك تأخر تطوير نظرية الدولة وتثبيت دعائمها مائة عام بعد هذا الحادث (المجيد) فى تاريخ الإنسانية.. وكأنما كانت هذه الثورة مهبط الوحى الذى أنزل على الفرنجة فى أرضهم ، وكأنما كانت هذه الثورة كفلق الصبح الذى يفصل بين النور والظلمات . هذا فى زعمهم . والذى نراه أن الدولة قد نشأت واكتملت فى المدينة المنورة فى العشرة الأعوام الأخيرة من الرسالة الخاتمة ووظائف الدولة كما نفهمها عن الشريعة السمحاء . . هى: أن تقف بين الفرد والفرد لرفع المظالم ، وأن تقف بين الفرد والعالم الخـــارجى فلا ينزل الظلم برعاياها من فعل الخصوم والأعداء ، وأن تكفل للأجيال تعاقبا وترابطا يجعل وجود الأمة الإسلامية وجوداً متصلا ، وأن تقيم العدل بين الناس، وأن توفر أسباب الرزق الطيب لكل راغب فيه قادر عليه ، وأن توفر الأمن داخل الحدود وخارجها، ولكل أسرة فى حياة عائلها أو بعد سبقه إلى الآخرة. هذه هى وظائف الدولة فى أمة تؤمن بالله ورسوله وتجعل عقيدة التوحيد أساسا لكل خاطرة ولكل سلوك .

لذلك يرحب كاتب هذه السطور بالاتجاه الراشد الذى بدأ فى بعض البلاد الإسلامية من حيث تدخل الدولة فى ميدان النشاط التأمينى والأخذ بنصيب من هذا النشاط الذى كان من قبل وقفا على شركات وهيئات عامة تساندها رؤوس أموال جبارة وخبرة اقتصادية وأساليب إدارية كفلت لهذه الشركات والهيئات الهيمنة على أسواق رأس المال والسيولة الدولية زهاء قرنين من الزمان حتى بدأت اليقظة

التى نرى ملامحها فى مؤتمرات علماء المسلمين وفى الاتجاه الحاضر الذى قضى بوضع الخبرات الاقتصادية والمالية فى خدمة علوم الشرع .

الوظيفة والعضو الذى يؤديها

فى هذه الفقرة سنلتزم بالإطار الذى وضعناه للنشاط التأمينى الراشد أى أننا سنلتزم بالكلام عن الوزارة والمصلحة والمؤسسة ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى التأمين الذاتى الذى يتولاه طالب الأمن .. بمعنى أن يجتمع طرفا العملية فى شخص واحد هو طالب الأمن .. إذ يؤمن نفسه بنفسه .

إذن لدينا نوعان من الأعضاء الذين يباشرون وظيفة التأمين ، لا بقصد الربح ، بل بقصد آخر سيتضح من سياق الكلام .

وعن النوع الأول نقول : يرى بعض الدول إنشاء وزارة متخصصة لشئون التأمين ومن هذا البعض مصر . على أن إنشاء وزارة متخصصة قد يتأخر بعض الوقت ، وعندئذ يكفى أن يتولى هذا النشاط جزء من وزارة يقال له « مصلحة » ويتبع هذا الجزء وزارة قائمة بالفعل كوزارة الشئون الاجتماعية مثلا . وكل هذا منهج سليم .

ومن الدول ما يعدل عن المصلحة والوزارة إلى المؤسسات العامة استناداً إلى المفهوم المشهور عن المؤسسات العامة من حيث إنها تجمع بين حيوية القطاع الخاص والترفع عن الكسب أسوة بما هو مستقر لكل من المصلحة والوزارة . وبعبارة أخرى إن المؤسسة العامة عند الذين يفضلونها تجمع بين الحسنيين : بين النشاط والحماس وحرية التصرف وهذه كلها من خصائص القطاع الخاص ، وبين إسقاط المصلحة الذاتية وإسقاط كل محاولة للحصول على ربح صاف من النشاط الذى تباشره المؤسسة . وفى المراجع الوثيقة للتاريخ الاقتصادى تفصيلات بالغة الأهمية عن نشأة المؤسسات العامة فى كل من فرنسا سنة ١٨٤٢م ، وفى انجلترا سنة ١٩٠٨م والأدوار التى مرت بها هذه المؤسسات وإن كانت صورها فى بلد الأصل الأول « فرنسا » وبلد الأصل الثانى « انجلترا » ليست متطابقة تماما .. ثم إن النتائج العملية التى حققتها المؤسسات الاقتصاديه العامة (ومنها مؤسسة التأمين) قد وجدت من الدراسات القيمة ما يستحق الرجوع إليه ومن ذلك دراسات الأستاذ « روبنس

Robbins ، أستاذ الإدارة العامة بكلية الاقتصاد بجامعة لندن فى مؤلفين اثنين صدرا سنة ١٩٥٢م وسنة ١٩٦٢م وفى هذا المقام يعنينا من أمر الوزارة والمصلحة والمؤسسة شيء واحد هو ألا يكون تحقيق الربح الصافى هدفا لأية مفردة من المفردات سالفة الذكر الداخلة فى تكوين الجهاز التنفيذى للدولة .. دخولا تاما كما فى حالة الوزارة والمصلحة أو دخولا جزئيا كما فى حالة المؤسسة العامة . وحكمة ذلك أن الأمن لايباع ولأهمية هذه العبارة الموجزة سنعود إليها بشيء من التفصيل فى فقرة تالية . ولكن قبل الانتقال إلى الكلام عن التأمين الذاتى نلاحظ وجود مفردات أخرى تشبه المؤسسة العامة وتختلف معها من بعض الوجوه ومن ذلك : الهيئة العامة والمنظمة . ولقد نشأت هذه المفردات التى أشرنا إليها إشارات سريعة وهى المؤسسة العامة الاقتصادية والمؤسسة العامة النقابية والمؤسسة العامة التقليدية والهيئة العامة والمنظمة العامة والشركة العامة التى يمتلكها فرد واحدهو الدولة..نقول أن هذه المفردات تعتبر صورا مستحدثه من أشكال المشروعات وأجهزة التنفيذ . لقد نشأت هذه المفردات كلها فى ظروف اقتصادية مضطربة فكانت غامضة عند الذين اقترحوها وروجوا لها .. وبقيت كذلك غامضة عند الذين علقوا عليها أو أخضعوها للبحث العلمى . فلا عجب إذن حين نرى الغموض يكتنفها فى كل المراجع العربية ، إذ هى كذلك غامضة فى المراجع الأجنبية التى تصدر فى مجتمعات مشغولة عن محاولة استحداث صور من أشكال المشروعات والأجهزة تتفق والتيارات الاقتصادية التى بدأت مع الثورات : الفرنسية والصناعية والاجتماعية والسياسية والعسكرية التى تواكبت فى مائتى عام مضت .

وعن التأمين الذاتى نقول وبالله التوفيق : التأمين الذاتى هو المخرج الذى لجأ إليه طلاب الأمن حين اشتدت عليهم وطأة الشروط المفروضة بمعرفة الشركات المحترفة . كما كان المخرج من المواقف الحرجة التى واجهها طلاب الأمن حين أخل المؤمن المحترف بالتزاماته . وفى هذا تفصيل بالغ الأهمية لأنه يحقق أمرين أحدهما وصف جانب من واقع التأمين فى الحياة المعاصرة والأمر الآخر أنه يعتبر نواة صالحة لتنظيمات خاصة يباشرها الأفراد والجماعات فى إطار من القانون وتحت إشراف الدولة تمهيدا لمزيد من التدخل فى الميادين الاحتكارية التى تستغلها شركات تحترف صناعة التأمين.. وحين يجتمع الأمة مصالح حكومية أو وزارات للتأمين، ومنظمات ينشط

فيها طلاب التأمين لرعاية مصالحهم الخاصة تحت إشراف الحكومة ، فإن هذين العنصرين مجتمعين إذا زحفا على الحياة العملية للأفراد ودوائر الأعمال فإن ميدان التأمين الاستغلالى الذى كان من قبل وقفا على الشركات المحترفة . يضيق . ومن سبق الأحداث أن نقول إلى أى حد يكون هذا الضيق . فلعله يختفى . أو لعل القدر الذى يبقى منه يتضاءل كما هى حال الجنود المرتزقة بالقياس إلى الجيوش المناضلة عن الحق المشروع .

وللتأمين الذاتى عدة صور نعرضها فيما يلى بإيجاز :

الصورة الأولى :

وفيها يتولى طالب الأمن الاستعداد لمواجهة الأخطار والحوادث المختلفة إن هى وقعت . ومن ثم يكون هو بذاته طالبا للأمن وهو بذاته المؤمن. ولهذا الأسلوب فى مباشرة وظيفة التأمين تاريخ نجتزىء منه بما يلى :

ظهر هذا الاسلوب ، أول ما ظهر فى الولايات المتحدة قبل غيرها . ونجح إلى حد أزعج شركات التأمين . ولإيضاح طريقه العمل نضرب هذا المثل .

لنفرض أن مصنعا يريد التأمين على موجوداته التى تبلغ قيمتها عشرة ملايين دولار أمريكى ولنفرض أن القسط السنوى ١ ٪ فإن القسط يكون فى هذه الحالة مائة ألف دولار . فيقوم صاحب المصنع بتجنيب هذا المبلغ وتوظيفه فى أوراق مالية . وبهذا ينتفع بخبرة الهيئات المحترفة عند تحديده للقسط المناسب . ثم يكرر هذه العملية سنة بعد أخرى وقد يزيد المؤمن القسط طواعية واختيارا ليستعجل تكوين المال المخصص لمواجهة الأخطار وقد ترتب على ذلك أمران :

الأول أن بعض الاخطار وقع فى السنوات المبكرة لتنفيذ الخطة وتعرض صاحب المصنع لخسائر فادحة . الأمر الثانى أن شركات التأمين وضعت سياسة تريد بها القضاء على الفكرة فى مهدها وذلك بالامتناع عن تأمين أى جزء من الأخطار التى يتعرض لها من يباشر التأمين الذاتى . ذلك أن بعض هؤلاء كان يحتفظ بجانب من القسط تحت يده فيما وصفناه بأنه مخصص التأمين وليكن هذا الجزء ٢٠ ٪

من القسط ثم يدفع ٨٠٪ من القسط إلى شركة محترفة ، فى مقابل مواجهتها لمثل هذا القدر من الأخطار إذا وقعت . وفى السنة التالية والتى بعدها . يرفع طالب الأمن النسبة التى يحتفظ بها ويهبط بالنسبة التى يدفعها إلى شركات التأمين المحترفة. وهكذا حتى يصل بعد فترة من الزمن إلى مركز مالى من حيث التأمين يسمح له بمواجهة الأخطار منفردا دون حاجة إلى شركات التأمين المحترفه ، وهذا هو ما تخشاه الشركات . ولذلك عمدت إلى فرض الشروط القاسية لهذا النوع من الحالات بحيث يجد صاحب المصنع أنه لا مصلحة له فى معاداة هذه الشركات . غير أن التقدم الاقتصادى خلال القرن العشرين من أوائله ، وما صحب النشاط المالى والتجارى من تنظيمات إدارية واقتصادية قد أعاد للتأمين الذاتى البقاء والازدهار ومن ذلك أن عرفت الدائرة التجارية والصناعية الكبرى نظما حديثة يمكن وصفها بالتكتلات والاتحادات . فظهرت الاحتكارات ومن بعدها التكامل الرأسى والتكامل الأفقى وشركات المجموعة والشركات الشقيقة والشركة الام والشركات الوليدة . . الخ

ظهرت هذه التنظيمات الاتحادية فى كل من أمريكا وأوربا. وعنها أخذ بعض بلاد العرب كالقطر المصرى لعهد المرحوم محمد طلعت حرب أى فيما بين سنتى ١٣٣٩ — ١٣٥٩ هـ (١٩٢٠ — ١٩٤٠ م) حين قام بنك مصر ومجموعة شركات مصر التى أسسها محمد طلعت حرب . ولقد كان فى ظهور هذه التجمعات أو التكتلات فرصة مواتية لنجاح التأمين الذاتى عن طريق التساند فيما بين أعضاء المجموعة الواحدة من المجموعات التى أسلفنا الإشارة إليها .

وقبل أن نترك هذه الصورة الهامة من صور التأمين من حيث تحديد الجهة التى تقوم به نقول إن التأمين الذاتى يهيء المصلحين فرصة ثمينة وعملية للخروج من الأوضاع الموروثة بوضع خطة طويلة المدى تساعد فريقاً من المجتمع (كالتجار والصناع) على مواجهة الأخطار بتنظيماتهم الخاصة .

الصورة الثانية :

التأمين التبادلى : وهذه الصورة الثانية تعتبر امتداداً للصورة الأولى ولكنها مع

ذلك حالة خاصه نضرب لها بعض الأمثال فنقول : عندما قامت الحرب العالمية الثانية وتعرضت سفن الحلفاء الغربيين للغرق بفعل الغواصات الألمانية رفعت الشركات المحترفة أقساط التأمين أضعافاً مضاعفة فى بضعـــة أسابيع حتى بلغت رسوم التأمين ١٢ ٪ عن الرحلة الواحدة ثم عمدت بعد ذلك إلى إسقاط المسئولية عن كاهلها إذا كان الضرر الذى يلحق بالسفن ناتجاً عن النزاع المسلح وهو مايسمى بشرط الحرب .

ثم تعرضت انجلترا إلى إغارات التدمير والإحراق التى ألحقت أضراراً جسيمة بالمدن الكبرى ومراكز الإنتاج والجسور والسكك الحديدية إلى آخر ماهو معروف من تاريخ الحرب العالمية الثانية ، وتكررت مواقف شركات التأمين من حيث إنكار المسئولية عن تعويض الأضرار التى تنجم عن النزاع المسلح وقـــد وجد أصحاب المصالح المهددة (كأصحاب السفن والعمارات والسكك الحديدية) أنهم قد فقدوا الأمن الذى دفعوا له أثماناً طائلة طوال القرن التاسع عشر وإلى سنة ١٩٤٠م ، وعندئذ لجأت كل جماعة منهم إلى الدخول فى تنظيم تبادلى يكفل لكل عضو فيه حق التعويض عن الأضرار التى تلحق به .. ويكون التعويض قسمة بين كل أطراف الجماعة ، وتعرف هذه الصورة من صور التأمين الذاتى بأنها تأمين تبادلى .



استطراد : تجدر الإشارة هنا إلى عبارة مشهورة يقـــال لها التأمين التعاونى وقد يطلقهـــا البعض على ما وصفناه بأنه تأمين تبادلى ونريد أن نلقى بعض الضوء على هذه المفردة « التعاون » التى زحفت على اللغة العربية المعاصرة . فنقول :

يتجه البعض إلى الربط بين التعاون المعروف فى زمننا وبين الآية الثانية من سوره المائدة وقد وردت لفظة التعاون فى هـــذه الآية مرتين ولم ترد فى غير هذا الموضع من كتاب الله كله ، واستناداً إلى هذا النظر السطحى للأمور قامت حملات الترويج للتأمين التعاونى والجمعيات التعاونية الاستهلاكية وبنوك التسليف التعاونى

إلى آخر ماهو معروف . وإن حرصنا على الفهم الصحيح لكتاب الله جل شأنه يحملنا على التفرقة بين التعاون كمفهوم اقتصادى ، وبين المفردتين الواردتين فى سورة المائدة . فأما عن المفهوم الأول وهو التعاون الاقتصادى فنقول إنه الأصل فى كل مانراه من صور تعم البلاد الإسلامية كالجمعيات والبنوك وجماعات التأمين ، وقد نشأ التعاون الاقتصادى فى الربع الأخير من القرن الثامن عشر أى من نحـــو مائتى عام وكان ظهوره فى كل من انجلترا وألمانيا . وكل من البلدين يدعى ميزة السبق إليه . فما هذا التعاون ؟ إنه فى المحل الأول ثورة على حرفة التجارة وكان أول هدف له القضاء على التجارة والتجار وذلك عن طريق إنشاء جمعيات تعاونية استهلاكية تتصل مباشرة بمراكز الإنتاج وتقطع أرزاق جميع الوسطاء . وبهذا تحقق العـــائد الذى يبقى لجماعات المستهلكين فيصيبون شيئاً من الثراء بقطع دابر التجارة والتجار ثم ينتقلون بعد ذلك إلى مرحلة الإنتاج فيجمعون المدخرات والوفور المالية التى تحققت ، ويوجهونها إلى إنشاء مراكز تعاونية للإنتاج .. وهكذا يتطور التعاون ويتدرج من القضاء على التجار إلى القضاء على الصناع ! .

ولسنا هنا بصدد مناقشة الفلسفة البائرة التى قامت عليها فكرة التعاون وشعاراتها الغثة . ومنها لكل للفرد والفرد للكل ومنها أيضاً فناء الذات فى بقاء الجماعات ! لسنا بصدد مناقشة شىء من ذلك ولكننا نقول إن هذا التعاون الاقتصادى بنشأته وتطوره هو الأصل فى المبادىء اليسارية المتطرفة ومنها الاشتراكية والشيوعية ، على أن التطبيق فى بعض البلاد العربية قد انحرف عن الأصل الذى كان عليه التعاون أول مرة إلى ماهو أسوأ . ومن ذلك مثلا أن الجمعية التعاونية الاستهلاكية المعاصرة والتى تنشط فى بلاد عربية وبلاد إسلامية تتبع ما يلى : تقصر حق العضوية على طائفة بعينها هى طائفة الأعضاء ، ثم تفتح أبواب الانتفاع بها وبخدماتها كشراء السلع .. وأما الأرباح التى تتحقق من البيع للأعضاء ومن البيع لغير الأعضاء فتذهب كلها إلى أعضاء الجمعية دون سواهم ... وهذا أول انحراف عن التعاون البريطانى

والألمانى ثم إن هذا العائد يوزع على الأعضاء وفقاً لمشترياتهم فبقدر ماتزيدمشتريات العضو يرتفع نصيبه من العائد — وهذا العيب فى التنظيم الاجتماعى يرجع إلى أصوله التاريخية .

والخلاصة .. إن التعاون الاقتصادى يكافىء المقتدر ويضعف من حصة الضعيف هذا بالنسبة للأعضاء ثم إنه يحرم الكثرة الغالبة من العملاء من حقهم فى فائض الثمن الذى يسمى بالعائد وهو فى الحقيقة ربح التاجر . ومن أرباح التجار تكون الأرزاق ويتكرر استعمال الدخل . ويحسب التجارة شرفا ماورد بشأنها فى الكتاب والسنة ، ولتكملة هذا الاستطراد الهام دفعاً للشبهات أن تحوم حول آية من آيات كتاب الله جل شأنه نقول : إن التعاون الذى ورد فى سورة المائدة والذى تحض عليه الشريعة الغراء له نظير فى سورة العصر عند وصف الذين آمنوا وعملوا الصالحات بأنهم « وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر » . والقول فى تأويل كتاب الله وتفسيره إنما يستمد من أقوال السلف الصالح ومن ذلك ماورد فى تفسير الطبرى بالجزء السادس ص ٤٣٠ (المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٢٦ هـ) إذ يقرر ما يلى :

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » يعنى جل ثناؤه وليعن بعضكم أيها المؤمنون بعضاً على البر وهو العمل بما أمر الله به . والتقوى هى اتقاء ما أمر الله باتقائه واجتناب المعاصى ، وقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » يعنى : ولا يعن بعضكم بعضاً على ترك ما أمركم الله بفعله ولا على أن تتجاوزوا ماحد الله لكم فى دينكم وفرض لكم فى أنفسكم وفى غيركم — وإنما معنى الكلام ولا يحملنكم بغض قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا . ولكن ليعن بعضكم بعضاً بالأمر وبالانتهاء إلى ماحده الله لكم فى القوم الذين صدوكم عن المسجد الحرام . وفى غيرهم . .والانتهاء عما نهاكم الله أن تأتوا فيهم وفى غيرهم « وفى سائر ما نهاكم عنه . ولا يعن بعضكم بعضاً على خلاف ذلك . وبما قلنا فى البر والتقوى قال أهل التأويل أ هـ : ثم يقول كاتب هذه السطور : أين هذا المستوى

الخلقى الرفيع الذى جاءت به سورة المائدة (فى الآية الثانية) ... من الدعوة السافرة إلى تخريب أرزاق التجار والصناع وربط الاستهلاك بالإنتاج ربطاً مباشراً هو الصورة المبكرة للشيوعية أو الاشتراكية العلمية أو الماركسية فكل هذه أسماء لأفكار متقاربة اجتمعت على تحريم الملكية الخاصة والنشاط الإنتاجى الخاص واتخاذ الحرف لكسب المعاش كل هذا بعيد عن الشريعة السمحاء كل البعد .

ومع ذلك نقول إن علماء الأخلاق المحدثين هم الذين كتبوا عن التعاون بأسلوب منقطع الصلة عن الثورات الاقتصادية الهدامة ووصل هؤلاء العلماء إلى تكييف لهذه المفردة « التعاون » على نحو يقترب من أقوال المفسرين فقالوا إن التعاون هو الصورة المثلى لكل من السلوك الظاهر والسلوك الباطن لأفراد الناس عند التداعى إلى حشد الجهود وتوجيهها نحو تحقيق الأهداف الخيرة . وهى قسمان مميزان أحدهما إيجابى وهو البر بالناس وتقوى الله . والآخر سلبى رادع يوصى بالامتناع عن الوقوع فى الإثم والقصد إلى العدوان على الآخرين ، وإنما يصل هذا المستوى الأرفع من السلوك الظاهر والباطن فى الحالات التى يكبح فيها الفرد جماح الغضب ويعفو ويصفح ويعمد إلى الرفق والبر ويأمر غيره بمثل ذلك فى معاملة قوم أبغضهم لأنهم ظاهروا عليه أو بدأوهم أنفسهم بالعدوان .

وأخيراً وصل علماء الأخلاق إلى التوصية بالسلوك الأرفع وهو « التعاون » وقالوا فى وصفه ما يقترب مجرد اقتراب من أقوال السلف الصالح عندما يعرضون لمثل الآيات التى ذكرناها ولمثل قوله جــــل شأنه « والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس » .

جدير بالذكر هنا أن الإشارة إلى صلاحية هذا النوع من العقود للتطبيق فى المجتمع الإسلامى قد تكررت فى أكثر من بحث جرت به أقلام المتشددين (فضلا عن الأخذ بالتيسير على الناس (حتى لا يقال بأن الشريعة الإسلامية جامدة تضيق بالتطور الاقتصادى الكبير .

وأريد فى خصوص ما تقدم أن أتساءل لعلى أرى الحكمة فيما يراه المجتهدون بشأن التأمين التعاونى .. وذلك :

أولا : هل قامت فى المجتمع الإسلامى حاجة إلى هذا العقد الذى يوصف بأنه مستحدث ، وضاقت الشريعة الإسلامية بسد هذه الحاجة؟ وفى أى مجال كان ذلك؟ الحياة؟ أم حوادث السيارات ؟ أم خسارة المال بالحريق والكوارث ؟

ثانياً : إذا كان المجتمع الإسلامى لايعرف هذه الصورة التى لجأ إليها أقوام خلت أديانهم من النظم الاجتماعية والمالية والاقتصادية،فهل يجوز القول بأن الشريعة الإسلامية مفروض عليها أن تقعد لاجتهاد كل إنسان ، وإن جاء بما أغنت عنه الشريعة ، ونحن نعلم أنها وحدها صالحة للناس جميعاً ، وأنه لا محل للاجتهاد إبتداء إذا كانت الصورة الشرعية وافية بالغرض .

ثالثاً : إذا أجزنا التأمين التعاونى ، فهل هو بديل عن التكافل الإسلامى القائم على الزكاة والصدقات وما يلتزم به بيت مال المسلمين ، أم إنه إضافة وتحسين لأن النظام الإسلامى غير واف بالغرض ؟!

ومتى كان الفقر أو الموت أو الأحداث والكوارث صوراً حديثة فى المجتمع البشرى — أى جديد فى موت الآدمى وترك عياله من بعده واحتراق الدار بما فيها أو بمن فيها وغرق السفينة وثوران البركان وتشقق الأرض حتى تغيب فيها القرى كاملة ، ما هو الجديد فى هذا كله حتى يحتـــاج الناس إلى جديد من صور العقود ؟ فإن كان حقاً أن هذه العقود جديدة وصالحة (سواء أكانت للاستغلال أم كانت للتكافل الإنسانى) فكيف خلت منها شريعة نعلم أنها من عند الله وأنها كاملة ؟

أولا يرى الباحث أن فى إجـــازة التأمين التعاونى (كصورة حديثة من العقود لصور قديمة وأزلية من الضرر) تسليماً ضمنيـــاً بأن الشريعة قاصرة ؟ وإلا فكيف أغفلت القديم الأزلى مما تزخر به الحياة البدائية ، وكذا الحضارات جميعاً ؟ .

رابعـاً : ما هو التكييف الشرعى لحق المضرور (أو ورثته) فى الاستيلاء

على مبالغ أودعها الآخرون .. أهو التبرع ؟ فأين الزكاة ؟ وكيف لاتكون الزكاة كافية ، وهل جمعناها ووجهناها فى مصارفها ثم قصرت فجاء المجتهدون لإجازة صورة حديثة من التكافل على أساس التبرع ؟ .

فإن لم يكن التبرع هو أصل الحق فى الاستيلاء على هذا المال ، فهل هو المعاوضة، أو ليس فى هذا العقد غرر ؟ وما من ضرورة ملجئة ولا أمر حازب مستحدث ألجأنا إلى هذه الإجازة ؟ .

وما لم تكن الإجابات عن هذه الأسئلة مقنعة ، فإن الرأى الذى أقمت عليه إلى يومنا هذا ، باق إن شاء الله تعالى ، ويتلخص فى أن إجازة التأمين التعاونى يثير طائفة من الاعتراضات ، أهمها :

١ ـــ أنه مشوب بالغرر ، إذ لاحق للمضرور ولا لورثته فى أموال الآخرين كأثر من آثار التعاقد . (يلاحظ هنا أن المعاملة رهان) .

٢ ـــ القول بأنه تبرع وبأن دوافعه إنسانية وبأنه خال من استغلال الآخرين، قد يكون قولا مسموعا فى غير البلاد الإسلامية .

٣ ـــ ليس فيه جديد ، وفى النظام المالى الذى جاء به الإسلام غناء عنه .

والخلاصة . إن كاتب هذه السطور لا يسمح لنفسه بالتجاوز عن خطأ مشهور يمس الفهم الصحيح لكتاب الله جــــل شأنه ومن ذلك : الزعم بأن التعاون الاقتصادى عموماً أوصت به الشريعة وجاء ذكره فى سورة المائدة، وليس كذلك ، ومن ثم تكون التسمية المفضلة عندنا عن صور التأمين الذاتى ، حال تطبيقه فيما بين الجماعات ، هى « التأمين التبادلى » .

التأمين التجارى

لقد عرضنا فيما تقدم إلى التأمين المبرأ من استغلال حاجة الناس للأمن والمرأ أيتنا من القصد إلى استغلال كوارث الناس وقلنا إن تحقيق ذلك يكون بإحدى وسيلتين أو بهما معا .. فتتولى السلطات العامة بعض أنواع التأمين ويتولى أفراد

الناس وجماعاتهم الدخول فى تنظيمات للتأمين الذاتى. وننتقل الآن إلى التأمين التجارى وهو الغالب فى العالم إلى وقتنا هذا فنقول : تتولى الشركات المحترفة لوظيفة التأمين دراسة الظاهرات الطبيعية والاجتماعية وجملة الحوادث التى تقضى على الأموال والأنفس ، وتقوم بتصنيفها وتبويبها وتتبع فى ذلك أدق الدراسات الرياضية وبعض النظريات المسلمة كنظرية الاحتمالات ونظرية الأعداد الكبيرة وتتخذ من هذا كله مادة للدعاية وتزعم بأنه من المستطاع بالدراسات الرياضية وبالجداول الخروج من متاهات الجهالة لى اليقين ومن الأمثلة التى يضربونها ما يأتى :

يقولون إذا نظرنا إلى مائة ألف شخص فى سن العشرين فإن أحداً لا يستطيع أن يقول متى يحل أجل زيد أو عمرو من هذا الجمع الغفير من الناس . ولكن جميع البيانات الدقيقة عن المواليد والوفيات تقطع بأن من هذا العدد الذى ذكرناه سوف يموت حتما ألف ومائتان وتسعة وعشرون فى سن الشبـــاب قبل بلوغ الخامسة والعشرين من العمر ، ونلاحظ هنا أن أحداً من خبراء التأمين لا يزعم لنفسه القدرة على القول بأن واحداً من هؤلاء الذين تقدم ذكرهم سيكون بين الموتى أو بين الأحياء عند انقضاء خمسة أعوام على بدء الدراسة الميدانية . وهذا فى الغالب لا يخرج عن السنن الكونية ، فالله جل شأنه قد خلق الموت والحياة وفرض للأحياء آجالا وأرزاقا . . فلا تثريب إذن على هذا النوع من الدراسات الميدانية . وبالتوسع فى التطبيق الرياضى يمكن تحديد الأرقام المتفاوتة لكل خمسة أعوام تالية لسن الخامسة والعشرين إلى المتوسط العام للعمر وهو بين الخمسين والستين . ثم إن الأرقام تختلف فى إحصاءات النساء عنها فى إحصاءات الرجال كما تتفاوت من بيئة اجتماعية إلى بيئة أخرى .. وهكذا نجد أن قدراً كبيراً من تحديد الأقساط يبنى على أسس رياضية وعلمية بالغة الدقة . ومثل ذلك يقال عن الحوادث بل عن كل نوع من أنواع الحوادث كالسرقات التى تقع نهاراً وتلك التى تقع ليلا والحريق صيفاً وشتاء ... وهكذا .

ومحل النظر هنا أن الدعاية للتأمين وأن تقويم هذه الوظيفة كفرع هام من فروع النشاط الاقتصادى يقتصران على ذكر الحقائق العلمية ، كتلك التى ضربنا بها

الأمثال . ولا يجيء ذكر الآثار القريبة والآثار البعيدة المدى ، كما لا يجيء ذكر الربح الوفير الذى يتحقق من ممارسة هذه الوظيفة . وهذا ما نشير إليه فيما يلى :

الآثار الاقتصادية للتأمين التجارى

فأما الآثار القريبة المدى فإنها معلنة وتتلخص فى تخفيف وقع الضرر على الفرد بفقد ماله ، أو على الأسرة بفقدالعائل فإذا اقتصر النظر إلى آثار التأمين على هذا الحد جاز القول بأنه عمل خير ومفيد .. ولكن الآثار البعيدة المدى أشد خطورة من كل ماعرفته المدنية الماديه المعاصرة من وسائل إذلال الشعوب .. ذلك أن شركات التأمين بوسائلها هذه تتحكم فى مدخرات الأفراد والجماعات تحكما يجعل لها السلطان لا على الجماهير وحدهم بل وعلى الحكومات . ومعلوم أن الصهيونية العالمية لها سلاحان قاطعان ، أحدهما التحكم فى وسائل الإعلام كدور الطبع والنشر وشركات الصحافة فى كل بلاد العالم وشركات إنتاج الأفلام ودور العرض ووكالات الأنباء وكل ما يمر بالخاطر من وسائل نقل المعلومات ونشرها والترويج لها . وفى هذا ترتكب الصهيونية من التزوير وتنكير الوقائع التاريخية والمعاصرة ما يضيق المجال عن ذكره فى هذه العجالة . ومن أقرب الأمثلة التى مرت بكاتب هذه السطور إعداد مصور جغرافى تاريخى لأرض الميعاد التى تمتد فى نظر الصهيونية من نهر الفرات إلى نهر النيل وإن المطلع على هذا المصور ليجد فى مادته آثاراً ظاهرها العلم الصحيح وكتابها من أقدر كتاب العالم ! وقد اقترنت المصورات الجغرافية الأثرية التى ترجع إلى ألوف السنين بشروح مستفيضه كما تدرج هذا المجلد الضخم بما احتواه من المعلومات عبر القرون حتى وصل إلى القرنين الأخيرين فزاد التفصيلات وجاء بالوثائق الدوليه محرفة أو مشوهة أو مبتورة ومن بين يديها تعقيبات لا يخفى على القارىء كنهها ، ومن تفصيلات الخطة المتبعة فى إعداد هذا المصور الجغرافى التاريخى ونشره أن جعل ثمن النسخة الواحدة منه نحو مائة وعشرين جنيها استرلينياً مما يجعل تداوله مقصوراً على المسئولين والأثرياء فلا يصل شيء من ذلك إلى الرأى العام — وبهـذا القدر نكتفى بخصوص وسائل الإعلام التى يتحكم فيها قادة الفكر الصهيونى وننتقل إلى سلاحهم الثانى وهو التحكم فى السيولة الدولية أى التحكم فى المال الحاضر ، ومن أكثر فروع

النشاط التجارى قدرة فى هذا المضمار وظيفة التأمين التجارى بأنواعه الكثيرة كالتأمين على الحياة ، وضد الحوادث ، والتأمين الصحى .. إلى آخر ما هو معروف، ويكفى للتدليل على الوزن الكبير لموارد التأمين أن نقول إن شركة واحدة من شركات التأمين الكبرى تستطيع أن تمد الصناعات ودوائر الأعمال بأقدار من المال الحاضر تزيد فى جملتها على ما تطيقه جملة المصارف فى البلد المعين الذى تنشط فيه شركة التأمين هذه ، وما بنا من حاجة إلى التحديد فى مثل هذه الحالة الدقيقة .. ومن أجل ذلك سنعرض فى الفقرات التالية بإيجاز لأهمية الدراسة الرقمية .

الدراسة النظرية

فى متابعة الكلام عن واقع التأمين لا ننسى الهدف الأخير وهو تبيان حقيقة الحال لكل صورة من صور التأمين ، لعل فى ذلك ما يساعد على القول بالإجازة أو بالمنع وسنضرب بعض الأمثال التى توضح أهمية دراسة الأوزان ، أى دراسة الناحية الكمية أو الرقمية فنقول :

أولا : من التحليل الذى أجراه روبرت ديجلس وجيروم ميلر فى كتابهما عن أصول التأمين وأساليبه العملية يتضح أن صناعة التأمين فى الولايات المتحدة تقع فى الميادين الآتية بالنسبة المئوية المذكورة قرين كل ميدان :

التأمين على الحياة لصالح الورثة أو لصالح طالب الأمن إذا امتد به الأجل يستغرق من صناعة التأمين ٣٠ ٪ والتأمين من أجل الحصول على معاشات ثابتة فى السن العالية إلى أن يحل الأجل ٢٠ ٪ — والتأمينات الخاصة بموظفى الدولة فى الولايات المتحدة ٢ ٪ — والتأمين ضد الحوادث مضافاً إليه التأمين الصحى ١٢ ٪ وتأمين الأعيان والممتلكات والأموال مضافاً إليه التأمين ضد الأحداث والخسائر الناجمة عن الحريق والغرق والسرقة ٣٦ ٪ — وجملة ذلك ١٠٠ ٪ .

والواقع أن هذا التحليل لا يصل فى التفصيل إلى الحد اللازم للدراسة الشاملة ، وإنما أردنا بذكر هذه الأرقام الإجمالية أن نبين أهمية الأوزان ، ومن ذلك أن البندين

---

(١) الأرقام التى تنشرها شركات التأمين واضحة الدلالة ولكنا فضلنا إغفال ذكر أسماء الشركات وأرقامها المعلنة

الأول والثانى وهما التأمين على الحياة ومن أجل معاشات السن العالية يؤلفان معاً (٣٠٪ + ٢٠٪ = ٥٠٪) .

ومعنى ذلك أن نصف صناعة التأمين يتجه إلى الحياة ، فلو أن السلطات العامة سارت قدما فى دراسة نظم المعاشات وتوفير الأمن للأسرة بعد فقد العائل على نحو ما أوصى به علماء المسلمين فى مؤتمراتهم التى عقدت فى دورات متتالية من سنة ١٣٨٠ هـ إلى الآن . . . نقول لو أن الحكومات فى البلاد الإسلامية سارت قدماً فى هذا الاتجاه الذى بدأته لكان حتما أن تضيق سوق التأمين التجارى فى بلاد المسلمين بنسبة النصف ، وهذا الوزن الهام جدير بالنظر ويشجع على اتخاذ المزيد من الدراسة النظرية والتطبيقات العملية التى تهدف إلى إيجاد مظلة تمتد إلى الجانب الأكبر من المجتمع وفقاً لما هو ثابت فى السنة الشريفة كما فى قوله عليه الصلاة والسلام (من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً أو ضياعا فعلى وإلى) والضياع بكسر الضاد جمع ضائع مثل الجياع جمع جائع — على ما هو معروف من غير شك — وإنما نذكر .. كما أوصانا الحق تبارك وتعالى فى قوله « وذكر فإن الذكرى تنفع المؤمنين » وفى هذا الحديث الذى ذكرناه أكثر من حرف واحد(١) بغير خلاف فى المعنى .

ثم نقول ثانيا إن الغرر عنصر يدخل فى اعتبار الفقه الإسلامى عند لزوم الاجتهاد بشروطه — ومن ثم كان تحديد القدر المعين من الغرر فى كل صورة من صور التأمين أمراً جوهريا لاستكمال القول فى (واقع التأمين) ، وعن الغرر وأوزانه نضرب بعض الأمثال :

فى السفر بطريق الجو يزدحم العالم المتقدم بوفرة مذهلة .. ونجد فى الأبهاء والممرات الطويلة فى المطارات الدولية ، نجد ماكينات ومن حولها تعليمات واضحة إذا اتبعها المسافر فإنه يستطيع فى نصف دقيقة أن يؤمن حياته بعشرة آلاف دولار، مثلا، نظير دولار واحد يسقطه فى ثقب معد لهذا الغرض فتتحرك الأجهزة الداخلية لهذه الأداة وتوثق التأمين الثابت فى مستند يكتب عليه المسافر اسم المستفيد بمبلغ

---

(١) « حرف واحد » بمعنى نص أو قول

التأمين والعنوان والصفة المميزة لهذا المستفيد ثم يطوى المستند بعد اعتمـــادة أوتوماتيكيا ويلقى بالمستند فى صندوق البريد المجاور للجهاز الآلى سالف الذكر وفى زاوية من مستند التأمين أو البوليصة نص صريح على أن رسم البريد خالص مقدما بمعنى أن كل واحدة من هذه البوالص قد كانت محل اعتماد مصلحة البريد قبل عرضها على طلاب الأمن أو ستكون محل توقيع الرسم عليها بعد إرسالها بمعرفة طالب الأمن .

والخلاصة إن عملية تأمين الحياة فى الرحلة المعينة بمبلغ عشرة آلاف دولار وتتكلف دولاراً واحدا .. لا تقف فى سبيلها عقبة واحدة ، فرسم البريد خالص والوثيقة مهيأة للطى والتصميغ وصندوق البريد مجاور وما على المسافر إلا أن يتخذ ما تقدم بيانه من إجراءات يسيرة ...وأكثر من كل ما تقدم تنتشر الفتيات بائعات الأمن فى الأبهاء وبجوار مكاتب حجز المقاعد على الطائرات وتعرض الخدمة ذاتها بأسرع مما تؤديه الأجهزة التلقائية (الأتوماتيكية) لأن هذه الأجهزة تستلزم بعض المراجعة لنصوص التعليمات المعلقة عليها، ومن ثم تستلزم الفهم والتصرف وفقاً لما هو مفروض على المسافر أن يفعله وهنا تكون خدمة الفتيات ذات أهمية خاصة، ثم يتجه المسافر إلى الطائرة ويصل إلى نهاية الرحلة ويفقد الدولار ولا يستحق المستفيد شيئاً من العشرة الآلاف المؤمن بها على حياة المسافر ، فكم يبلغ الغرر هنا ؟ هل يقدر الغرر بالدولار الواحد الذى دفعه المسافر نظير الأمن فى رحلة واحدة أم يقدر بالملايين التى تجمعها شركات التأمين بمثل هذه الأساليب البارعة والمستندة إلى دراسات رياضية ونفسية عالية الكفاءة !

وغنى عن البيان أن المسافر يستطيع أن يضاعف مبلغ التأمين ضعفين أو أضعافا كثيرة نظير مضاعفة الرسم الذى يدفعه فى ثقب الأداة التلقائية أو فى يد الفتاة بائعة الأمن .

ونقول ثالثاً عن التأمين الصحى ما يلى :

فى بعض البلاد المتقدمة، ولنضرب مثلا بالولايات المتحدة تمارس شركات متخصصة وظيفة التأمين الصحى ويتراوح الرسم المقرر على الأسرة الواحدة بين ٧٥ دولاراً،(١)

---

(١) الأرقام الواردة فى هذه الفقرة تؤدى وظيفة المؤشرات الحسابية ، فقط ، وأما واقع الحياة العملية ففيه تفاوت ومد وجزر

و ١٥٠ دولاراً فى العام الواحد.. حسبما تكون عليه حال الأسرة من حيث إنها تتألف من فرد واحد أو من زوجين، أطفال الخ، ويبلغ عدد الأسر فى الدولة المذكورة نحواً من ٧٠ مليون أسرة وجملة المبالغ التى تحصل عليها شركات التأمين الصحى نظير خدمتها هذه تصل إلى ما يقرب من ستمائة مليون دولار فى الشهر الواحد.. وللانتفاع بالتأمين شروط وأوضاع معلومة ويدخل عليها التعديل من وقت لآخر.. ومن ذلك مثلا أن علاج الأسنان بجملته وتفصيلاته مستبعد تماماً بمعنى أنه خارج عن التعاقد، وأثمان النظارات الطبية .. ومن الجراحات مالا تتحمل شركات التأمين تكلفته كلها أو بعضها ومن الدواء مثل ذلك. وينقضى العام وتشعر الأسرة بأنها قد لقيت من الخدمة الطبية ما يعوضها عما دفعت، رغم كل القيود التى أشرنا إلى بعضها — بل قد ينقضى العام والأسرة بمنجاة عن المرض والحاجة إلى قضاء أيام فى المستشفيات ومع ذلك تجد الأسرة أنها لقيت من الأطمئنان ما يعادل الرسم الذى دفعته . وتدور عجلة الزمان والحال على ما تقدم بيانه. وبقياس رسم التأمين إلى دخل الأسرة فى العام الواحد بالولايات المتحدة نجد أن الغرر الذى ينطوى عليه العقد من وجهة نظر المتمتع بالتأمين هو غرر بسيط. وبخاصة وأن الكثيرين ينتفعون فعلا بالخدمات الطبية والفروق بين التكلفة الفعلية وبين الرسم هى فروق يسيرة بالزيادة أو بالنقص ولكن إذا نظرنا إلى حصيلة الرسوم التى تجمعها شركات التأمين الصحى وهى تبلغ نحواً من سبعة آلاف مليون دولار فى العام الواحد، والفائض منها شىء كثير، فهل يقاس الغرر عند المؤمن أم عند المؤمن له ؟

وهكذا .. يتضح أن الدراسة الرقمية والإحصائية تزيد الواقع وضوحاً وتحديداً. ولعلنا أطلنا كثيراً .. ولكننا نريد أن ننفى مزاعم المروجين للتأمين التجارى، إذ قالوا : إنه كفاح العقول الجبارة المستنيرة فى مواجهة قوى الحظ الغشوم الذى قد يصيب زيداً ويخطىء عمروا .. ونقول هذه دعاية . . أما الحق فهو أن التأمين التجارى قمار . . قال بذلك : لورد ما نسفيلد وقال به أيضاً شارح القانون الإنجليزى للتجارة « ستيفن steven » وشارح آخر اسمه « سلوتر slater » وقال به كذلك قاموس أوكسفورد .. ولقد سبق أن أشرنا إشارة عابرة للمراجع

الأجنبية فى صفحة ١٦ من المذكرة الأولى المقدمة فى (جماد أول ١٣٩٤ هـ)[١] ولكن أهمية الموضوع تقتضى أن نعود للمراجع ذاتها فنأخذ عنها بعض الفقرات ومن ذلك :

يقول سلوتر slater فى كتابه عن قانون التجارة بانجلترا ما يلى فى صفحة ٢٨٠ من طبعة سنة ١٩٦١ م : « التأمين هو شراء الأمن » أما النص الانجليزى فنورده أيضاً دفعاً لكل شبهة تصرف فى الترجمة ، قال « سلوتر » :

insurance is the purchase of security

وليس بعد هذا التعبير من بيان دقيق فى اللغة الانجليزية . ثم يمضى « سلوتر » ليقرر ما يلى : . . . ذلك أن طالب الأمن مدفوعاً بالرغبة فى حماية نفسه ضد خطر ما فإنه يشترى من المؤمن حق التعويض إن وقــع الضرر بسبب ذلك الخطر ، ويقال لثمن الشراء « جعل » أو « قسط » وغالباً ما يكون دفعة سنوية ، ويندرج وعد المؤمن بالتعويض فى حالة وقوع الحادث المؤمن ضده . فيما يقال له « بوليصة » .

وإذ حددنا المرجع والصفحة فلا حاجة بنا إلى نقل النص الانجليزى كله ولكن من المفيد أن نقف عند عبارتين . . الأولى : قوله عن طالب الأمن إنه يشترى من المؤمن حق التعويض .. وهذا هو الأصل الانجليزى :

the insured purchases from the insurer the right to be indemnified

والعبارة الثانية ماورد بشأن البــوليصة « policy » وهى صك التأمين . فلنرجع إذن لمعجم معتمد هو قاموس أوكسفورد ، ونكشف عن تطور هذه

---

(١) الإشارة إلى مذكرة مقدمة إلى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية وقد وردت مع غيرها فى كتاب خاص بالتأمين للمؤلف ، عنوانه ، « التأمين بين الحل والتحريم »

المفردة من تاريخ غير بعيد (١٥٦٥ م) فنجد أنها مشتقة من أصل إغريقى قديم يدخل فى مادة الإعلام والإثبات . ثم اختصت بعقد الشحن والتأمين ، ثم حملت معنى التعهد بدفع مبلغ من المال فى حالة وقوع حادث ما ، نظير مبلغ من المال تشهد الوثيقة بأنه قدتم تحصيله من طالب الأمن .. وفى سنة ١٩٢٥ م خرج المعنى إلى ظل جديد هو « سند مشروط بنتيجة رهان » وأخيراً اتخذت هذه الكلمة للدلالة على « رهان أو أسلوب المقامرة . . وتتحدد فيه الأنصبة بحسب الأرقام » ظهر هذا المعنى فى الولايات المتحدة ثم فى إنجلترا بين عامى ١٦٢٣ و ١٦٢٥ للميلاد — ولذلك قال اللورد ما نستفيد ما يلى بالنص :

Insurance is a contract on speculation" and this being the case it is frequently hard to distinguish, as regards principle, a contract of insurnance from an ordinary wager. (Stevens Elements pf Mercantile Law. 1920.Butterworth & Co. London ,

والترجمة الحرفية كما يلى : « التأمين عقد يقوم على المجازفة. ومن حيث كان الأمر كذلك فإنه كثيراً ما تصعب التفرقة (من حيث التأصيل أو التقعيـــد) بين عقد التأمين وعقد الرهان العادى .

وقد أورد شارح القانون الانجليزى للتجارة « جوردون بورى » الأستاذ بجامعة برمنجهام بانجلترا هذا النص فى الطبعة الرابعة عشرة من شرح ستيفنس . وقد جئنا بالبيانات الكاملة عن هذا المرجع فى آخر الصفحة رقم ١٨ من مذكرتنا الأولى ، وجدير بالذكر هنا أن هذه الآراء ثبت عليها الشراح الانجليز فيما بين سنة ١٩٢٠ م وسنة ١٩٦٥ م — ولمزيد من البيان يمكن الرجوع إلى موضوع التأمين فى الطبعة المذكورة (الرابعة عشرة) من صفحة ٣١٩ إلى صفحة ٣٦٧ .

إذن : شراح القانون الانجليزى للتجارة ، ومعاجم اللغة الانجليزية بدورها . ثابتة على القول بأن التأمين بيع وشراء ، ورهان وقمار . فكيف جاز لشراح القانون العربى أن يختلفوا .. والآية الكريمة عندهم برهان ونور وهدى ، إذ ضرب الله لنا مثلا بالموقف الذى كاد فيه سيدنا يوسف أن يظلم . فقال تعالى : « وشهد شاهد من

---

(١) المرجع السابق .

أهلها »... لقد نشأ التأمين التجارى فى مقهى « لويدز» ومن المعقول أن نستمع لآراء الانجليز (قبل غيرهم) فى أمر ابتدعوه ، أما أن ندافع عنه نحن المسلمين بحجة عموم البلوى على حين أن المسئولين عن مولده يتهمونه فهذا مالا نجد له سنداً من منطق البحث العلمى .

صور خاصة

وفى التأمين صور مستحدثة تستحق الوقوف عندها لدراسة الحاجة إليها وماتنطوى عليه من جهالة وغرر .. وما تؤديه مع ذلك من خدمة فى النشاط الاقتصادى يصعب معها إسقاطها من الحساب ، ومن ذلك مثلا « التحويط hedging » .

ويتلخص فى أن التاجر أو الصانع يحرص على تأمين ربحه المشروع من عمله الذى لاغبار عليه ، فيلجأ إلى العقود الآجلة . وكذلك الحال بالنسبة للمقاول .

ومن الصور الخاصة ما استجد من أسماء ومسميات تدور كلها حول تخفيف الآثار التى تقع على الفرد حال حياته أو تقع على أسرته من بعده . ولئن كانت هذه الصور تحمل أسماء خاصة بها ، إلا أن طبيعتها من طبيعة « التأمين » نريد بذلك التأمينات الاجتماعية، والضمان الاجتماعى، والتكافل الاجتماعى والتأمين الهندسى . إلى آخر ما ينحته خبراء الصياغة من مفردات ومن عبارات . كما أن إعادة التأمين امتداد للوظيفة الأصلية وهى بيع الأمن وتوزيع المخاطرة لقاء الثمن الذى يقال له « رسم التأمين premium » وكذلك نظام المعاشات .

والخلاصة

أولا : إن الخوف والقلق والارتياب ، حالات تخالط النفس البشرية ، ومن حق كل فرد أن يسعى إلى إزالة أسباب هذه الحالات وعليه أن يتحرى الوسائل المشروعة للوقاية من آثار الأخطار .

ثانياً : الحوادث التى تصيب الأنفس والأموال تواكب الحياة البشرية من أول العهد بها وليس فيها جديد .فلا الموت ولا الغرق ولا الحريق ظاهرات مستحدثة، بل هى من سنن الكون . ولذلك لا يجوز القول بأن التأمين قد جاء لمواجهة الجديد من أحداث الزمان ، ومن ثم يبدأ البحث على أسس من الإيمان بأن الشريعة قد وسعت هذا كله . . . وإنما بأساليبها النقية العادلة .

ثالثاً : الأمن مطلب فطرى ، وتوفيره يدخل فى نطاق الوظائف العامة التى تتولاها الدولة بأجهزتها . ومن الحالات ما يمكن للأفراد أن يواجهوه بالتكافل فيما بينهم تحت إشراف ولى الأمر ، وفى نطاق الشريعة .. وهذا هو التأمين التبادلى.

رابعاً : التأمين التجارى استغلال واسترباح ، وهو بشهادة من ابتدعوه مناف للأخلاق ويشابه والقمار . . . ومن ثم كان انتشاره وبالا على اقتصاد العالم ، ويتعين العمل على الخلاص منه تدريجيا بتنفيذ ماتقدم من إشارة فى البند السابق .

خامسا : يمكن تعميم الحكم فى خصوص الربح من التأمين ، فيقال مثلا بأن عملا كهذا لا يستقيم مع السلوك الراشد المنصف . . . وفيما عدا هذا التعميم نرى أن يكون لكل صورة من صور التأمين المعاصر حكم خاص بها يصدر عن الجهات المأذونة بالإفتاء .

أهم المراجع لبحث (التأمين) :

١ — مهرجان شيخ الإسلام الإمام ابن تيمية - دمشق — شوال ١٣٨٠ ه.
٢ — أصول التأمين وأساليبه العملية :
تأليف : روبرت ريجل ، جيروم س . ميللر .
٣ — قانون التجارة الانجليزى ، تأليف « سلوتر » طبعة سنة ١٩٦٢ .
٤ — مبادىء القانون التجارى فى انجلترا ، تأليف « ستيفنسون (الطبعة ١٤)
٥ — بحوث قيمة لبعض الأعلام الذين كانوا معاصرين ، ثم سبقوا إلى الدار الباقية ، ونخص بالذكر منهم : المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة والمرحوم الشيخ عيسوى أحمد عيسوى .. جزاهم الله عن الإسلام خيراً .

المبحث السادس

القرض والقراض

* اعترف المستشرقون بأن القراض هو الأصل فى كثير من عقود الشركات التى عرفتها فرنسا ثم أوروبا فى النهضة التشريعية التى بدأت فى القرن التاسع عشر .. ولا تزال .

* والأصل فى القرض أنه صدقة .. وفى القراض أنه شركة .

* وفى قول الإمام مالك الذى جئنا به فى صدر الكلام عن القرض والقراض.. حكمة بالغة .. ويطيب لنا أن نتأمل هذا القول مراراً وتكرارا .. لنرى واحداً من أهم أسباب الضياع الذى تشكو منه أجيال الأمة الإسلامية .

قول مالك فى وكالة الذمى ومشاركته ومقارضته :

أولا — فى الوكالة :

قلت أرأيت إن وكلت ذميا فى أن يسلم لى فى طعام أو إدام أو رقيق أو حيوان فدفعت إليه الدراهم .. قال : قال مالك ، لاتدفع إلى النصرانى شيئا يبيعه لك ولا يشترى لك شيئا من الأشيا ولاتستأجره على أن يتقاضى لك شيئا ولا تبضع معه .. ولا يجوز شيء مما يصنعه النصرانى للمسلمين فى بيع ولا شراء إلا أن يستأجره للخدمة ، فأما أن يستأجره أن يتقاضى له أو يبيع له أو يشترى له شيئا ، فلا يجوز ذلك .. « قال وكذلك عبدك النصرانى لا يجوز لك أن تأمره أن يشترى لك شيئا ولا يبيعه ولا يتقاضى لك »

قال مالك : ولا ينبغى للمسلم أن يمنع عبده النصرانى أن يشرب الخمر أو يأكل الخنزير أو يبتاعهما أو يأتى الكنيسة لأن ذلك من دينهم .

(قال) فقلت لمالك : هل يشارك المسلم النصرانى ، قال لا .. إلا أن لا يوكله ببيع شيء .. ويلى المسلم البيع كله .. فلا بأس بذلك ..

قال ، فقلت لمالك : أيساقى المسلم النصرانى ؟ قال لا بأس إن كان لا يعصر خمرا .

قال ابن قاسم يريد مالك بقوله « ألا يوكله » أن لايغيب على بيع ولا شراء إلا بحضره المسلم .

ثانيا — فى المشاركة :

قلت : هل تصلح شركة النصرانى المسلم ، واليهودى المسلم . فى قول مالك ؟ قال لا .. ، إلا أن يكون لايغيب النصرانى واليهودى على شىء فى شراء ولا بيع ولا قبض ولا صرف ولا تقاضى دين إلا يحضره المسلم معه ، فإذا كان يفعل هذا الذى وصفت لك وإلا فلا » .

ثالثا — فى المقــارضة :

(قال) وقال مالك لا أحب للرجل أن يقارض رجلا .. إلا رجلا يعرف الحلال والحرام فى البيع والشراء (ابن وهب) عن ابن لهيعة عن يزيد بن أبى حبيب أن سعيد بن المسيب قال : لايصلح أن يقارض الرجل اليهودى والنصرانى . (وقال الليث) ، وقال ربيعة : لاينبغى له أن يقارض رجــلا يستحل فى دينه أكل الحرام .

مادة « قرض » فى معاجم اللغة

قال ابن فارس فى « معجم مقاييس اللغة » القاف والراء والضاد أصل صحيح وهو يدل على القطع ، يقال قرضت الشىء بالمقراض ، والقرض : ما تعطيه لإنسان من مالك ، وكأنه شىء قد قطعت من مالك ، والقراض فى التجارة هو من هذا ، وكأن صاحب المال قطع من ماله طائفة وأعطاها مقارضة ليتجر فيها .. ويقال إن فلاناً وفلاناً تقارضا الثناء : إذا أثنى كل واحد منهما على صاحبه وكأن معنى

هذا أن كل واحد منهما أقرض صاحبه ثناء كقرض المال ، وهو يرجع إلى القياس الذى ذكرناه[١] .

ويقول الزمخشرى : ق ر ض ــ قرض الثوب بالمقراض وقرضته الفأرة وهذه قراضات الثوب :

وقرض الشيء بنابه : قطعه ، . . . واستقرضته فأقرضنى واقترضت منه كما تقول : استلفت منه ، وعليه قرض وقروض ، وقارضته مقارضة وقراضا أعطيته المال مضاربة. ومن المجاز قرضت القوم : جزيتهم ، وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال »[٢] .

قال الراغب الأصفهانى « قرض » القرض ضرب من القطع وسمى قطع المكان وتجاوزه قرضا وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال » أى تجوزهم وتدعهم إلى أحد الجانبين ، وسمى ما يدفع الإنسان بشرط رده قرضا . . . وكذلك المقارضة فى "الشعر والقريض للشعر مستعار [٣] .

وفى كتاب النهاية فى غريب الحديث نرى أن الاقتراض افتعال من القرض وهو القطع . ومنه حديث أبى الدرداء : إن قارضت الناس قارضوك : أى إن سابتهم ونلت منهم سبوك ونالوا منك وهو فاعلت من القرض (ومنه الحديث الآخر) أقرض من عرضك ليوم فقرك : أى إذا نال أحد من عرضك فلا تجازه ولكن اجعله قرضاً فى ذمته لتأخذه منه يوم حاجتك إليه . . يعنى يوم القيامة .

(وفى حديث أبى موسى وابن جعفر) اجعله قراضاً ، والقراض المضاربة فى لغة أهل الحجاز[٤] .

---

(١) معجم مقاييس اللغة ج٥ ص ٧١ ، ٧٢ طبعة الحلبى ١٣٦٩ هـ .

(٢) أساس البلاغة للزمخشرى ص ٣٦٢ عمود ٢ طبعة أولاد أورفاند ١٩٥٣م .

(٣) الراغب الاصفهانى المفردات فى غريب القرآن ص ٤١٠ المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٢٤ هـ .

(٤) النهاية فى غريب الحديث ج ٣ ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ المطبعة العثمانية ١٣١١ هـ (لابن الأثير) .

« مادة القرض فى القرآن الكريم »

تتبع الأستاذ / محمد فؤاد عبدالباقى فى كتابه « المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم(1) مادة القرض وما تصرف منها فى كتاب الله ثم أحصاها فى المواطن الآتية :

	رقم الآية		أسم السورة	رقمها
تقرضهم : وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال وهم فى فجوة منه .	١٧	ك	الكهف	١٨
أقرضتم : وآمنتم برسلى وعزرتموهم وأقرضتم الله قرضاً حسناً	١٢	م	المائدة	٥
أقرضوا : إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضاً حسنا يضاعف لهم .	١٨	م	الحديد	٥٧
تقرضوا : إن تقرضوا الله قرضا حسنا يضاعفه لكم ويغفر لكم .	١٧	م	التغابن	٦٤
يقرض : من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له .	٢٤٥	م	البقرة	٢
٢ من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له .	١١	م	الحديد	٥٧
أقرضوا : وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأقرضوا الله قرضا حسنا .	٢٤٥	م	البقرة	٢

---

(1) المعجم المفهرس ص ٥٤٢ — ٥٤٣ — سنة ١٣٧٨ هـ ويلاحظ أن الأستاذ محمد فؤاد عبدالباقى يرمز بحرف م إلى أن الآية مدنية وبحرف ك إلى أنها مكية.

		رقم الآية	اسم السورة	رقمها
قرضا	: من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا	٢٤٥ م	البقرة	٢
	من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له .	١١ م	الحديد	٥٧
	إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضا حسنا يضاعف لهم .	١٨ م	الحديد	٥٧
	إن تقرضوا الله قرضا حسنا يضاعفه لكم ويغفر لكم .	١٧ م	التغابن	٦٤
	وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأقرضوا الله قرضا حسنا .	٢٠ م	المزمل	٧٣
	وأقرضتم الله قرضا حسنا لأكفرن عنكم سيئاتكم .	١٢ م	المائدة	٥

القرض فى كلام علماء التفسير

عندما تناول « القرطبى » تفسير قوله تعالى : « ويبسط » من الآية الكريمة : « من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة والله يقبض ويبسط وإليه ترجعون » (وهى الآية ٢٤٥ من سورة البقرة) أفاض وأتى بالعجب العجاب فى تحليلها .. وسنورد فيما يلى طرفا من تفسيره وتأويله ، فنقول وبالله التوفيق ..

قال رضى الله عنه(١) :

لما أمر الله بالجهاد والقتال على الحق . . إذ ليس شىء من الشريعة إلا ويجوز القتال عليه وعنه، وأعظمها دين الإسلام كما قال مالك . حرض على الإنفاق فى ذلك فدخل فى هذا الخبر : المقاتل فى سبيل الله، فإنه يقرض ربه رجاء الثواب كما فعل عثمان ـ رضى الله عنه ـ فى جيش العسرة . . وقال زيد بن أسلم : لما نزل : « من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسنا » قال أبو الدحداح فداك أبى وأمى يارسول الله : إن الله يستقرضنا وهو غنى عن القرض ؟ قال : « نعم يريد أن يدخلكم الجنة به » قال فإنى أقرضت ربى قرضاً يضمن لى به ولصبيتى الدحداحة معى الجنة . . قال نعم: قال فناولنى يدك فناوله رسول الله صلى الله عليه وسلم يده ، فقال إن لى حديقتين إحداهما بالسافلة والأخرى بالعالية ، والله لا أملك غيرهما قد جعلتهما قرضا لله تعالى .. قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ اجعل إحداهما لله والأخرى دعها معيشة لك ولعيالك » .

قال : فأشهدك يا رسول الله أنى جعلت خيرهما لله تعالى وهو حائط فيه ستمائة نخلة ، قال . إذن يجزيك الله به الجنة » .

قال « القرطبى » فى المسألة الرابعة من المسائل المتفرعة على هذه الآية :

يجب على المستقرض رد القرض لأن الله تعالى بين أن ما أنفق فى سبيل الله

---

(١) الجامع لأحكام القرآن جـ ٣ ص ٢٣٧ — ٢٤٣ مطبعة دار الكتب المصرية سنة ١٩٥٧ .

لا يضيع عند الله تعالى ، بل يرد الثواب قطعاً ، وأبهم الجزاء ، وفى الخبر : النفقة فى سبيل الله تضاعف إلى سبعمائة ضعف وأكثر .

ثم قال فى المسألة الخامسة :

« ثواباً لقرض عظيم لأن فيه توسعة على المسلم وتفريجاً عنه ، وخرج ابن ماجة فى سننه عن أنس بن مالك قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رأيت ليلة أسرى بى على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر » قلت لجبريل مابال القرض أفضل من الصدقة؟ قال لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » .

ويقول القرطبى فى المسألة السادسة :

« قرض الآدمى للواحد واحد ، أى يرد عليه مثل ما أقرضه ، وأجمع أهل العلم على أن استقراض الدنانير والدراهم والحنطة والشعير والتمر والزبيب وكل ماله مثل من سائر الأطعمة جائز وأجمع المسلمون ـ نقلا عن نبيهم صلى الله عليه وسلم ـ على أن اشتراط الزيادة فى السلف ربا ، ولو كان قبضة من عاف ـ كما قال ابن مسعود ـ أو حبة واحدة ، ويجوز أن يرد أفضل مما يستلف إذا لم يشترط ذلك عليه ، لأن ذلك من باب المعروف استدلالا بحديث أبى هريرة فى البكر[1] « إن خيارکم أحسنكم قضاء » رواه الأئمة البخارى ومسلم وغيرهما ، فأثنى ـ صلى الله عليه وسلم ـ على من أحسن القضاء وأطلق ذلك ولم يقيده بصفة ، وكذلك قضى هو صلى الله عليه وسلم فى البكر وهى الفتى من الإبل جملا خيارا رباعياً ، والخيار المختار ، والرباعى : هو الذى دخل فى السنة الرابعة لأنه يلقى فيها رباعيته وهى التى تلى الثنايا وهى أربع رباعيات مخففة الباء .

وهذا الحديث دليل على جواز قرض الحيوان وهو مذهب الجمهور ، ومنع من ذلك أبو حنيفة ثم يقول القرطبى فى المسألة السابعة :

ولا يجوز أن يهدى من استقرض هدية للمقرض ، ولا يحل للمقرض قبولها إلا أن تكون عادتهما ذلك ـ بهذا جاءت السنة ، خرج ابن ماجه حدثنا هشام بن

---

(١) نص بعضهم على ضبط الباء بالفتحة كتابة ومنهم الشوكانى .

عمار قال حدثنا اسماعيل بن غباشي حدثنا عقبة بن حميد الضبي عن يحي بن إسحاق الهنائي قال سألت أنس بن مالك عن الرجل منا يقرض أخاه المال فيهدى إليه ؟ . قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أقرض أحدكم أخاه قرضا فأهدى له أو حمله على دابته فلا يقبلها ولا يركبها إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» .

ويقول فى المسألة الثامنة :

القرض يكون من المال ـ وقد بينا حكمه ـ ويكون من العرض، وفى الحديث عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أيعجز أحدكم أن يكون كأبى ضمضم كان إذا خرج من بيته قال اللهم إنى قد تصدقت بعرضى على عبادك ، وروى عن ابن عمر « أقرض من عرضك ليوم فقرك » يعنى من سبك فلا تأخذ منه حقا ولا تقم عليه حدا حتى تأتى يوم القيامة موفور الأجر وقال أبو حنيفة : لا يجوز التصدق بالعرض لأنه حق الله تعالى ، وروى ذلك (أى جواز التصدق بالعرض) عن مالك ابن العربى . . وهذا فاسد ، قال عليه الصلاة والسلام فى الصحيح : إن دماءكم وأعراضكم وأموالكم عليكم حرام ـ الحديث ، وهذا يقتضى أن تكون هذه المحرمات الثلاثة تجرى مجرى واحدا فى كونها باحترامها حقاً للآدمى .

أما عن المسألة التاسعة فيقول الإمام القرطبي :

قوله تعالى « حسناً » قال الإمام الواقدى محتسبا طيبة بها نفسه ، وقال عمرو ابن عثمان الصدفى : لا يمن به ولا يؤذى ، وقال سهل بن عبد الله : لا يفتقد فى قرضه عوضا » .

ويقول العلامة أبو بكر بن العربى فى كتابه « أحكام القرآن »(١) عند تفسيره للآية ذاتها ....

قال قوم المراد بالآية : الإنفاق فى سبيل الله لأنه قال قبلها : وقاتلوا فى سبيل الله ؛ فهذا الجهاد بالبدن ، ثم قال بعده « من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا » فهذا

---

(١) أحكام القرآن جـ ١ ص ٢٣٠ بتحقيق الأستاذ محمد على البجاوى ـ الطبعة الأولى سنة ٥٧ مطبعة عيسى البابى الحلبى .

الجهاد بالمـال ، وقد . قال النبى صلى الله عليه وسلم « من جهز غازيا فقد غزا ومن خلفه فى أهله بخير فقد غزا »

والصحيح عندى ما قاله الحسن ، من أنه فى أبواب البر كلها ، ولا يرد عمومه ما تقدمه من ذكر الجهاد.

ويقول الإمام أبو بكر الرازى المشهور بـ « الجصاص » فى كتابه « أحكام القرآن » وقوله تعالى « من ذا الذى يقرض الله ـ الآية » إنما هو استدعاء إلى أعمال البر والإنفاق فى سبيل الخير بألطف الكلام وأبلغه ، وسماه قرضا تأكيداً لاستحقاق الثواب به ، إذ لا يكون قرضا والغرض مستحق به ، وجهلت يهود ذلك لما نزلت هذه الآية فقالوا : إن الله يستقرض منا فنحن أغنياء وهو فقير إلينا فأنزل الله تعالى « لقد سمع الله قول الذين قالوا إن الله فقير ونحن أغنياء » (١)

وعرف المسلمون معناه ووثقوا بثواب الله وحده وبادروا إلى الصدقات فروى أنه لما نزلت هذه الآية جاء أبو الدحداح إلى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال يا رسول الله : ألا ترى ربنا يستقرض منا مما أعطانا لأنفسنا وإن لى أرضين إحداهما بالعالية والأخرى بالسافلة ، وإنى قد جعلت خيرهما صدقة .

ويقول الإمام القرطبى عن القرض الحسن فى موطن آخر من تفسيره (٢):

والقرض الحسن أن يكون المتصدق صادق النية ، طيب النفس ، يبتغى به وجه الله دون الرياء والسمعة ، وأن يكون من الحلال .. ومن القرض الحسن ألا يقصد إلى الردىء فيخرجه لقوله تعالى « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » .

---

(١) جـ ١ ص ٤٥١ ـ ٤٥٢ طبعة استنبول سنة ١٣٣٥ هـ .

(٢) جـ ١٧ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ عند تفسير سورة الحديد ـ طبعة دار الكتب المصرية سنة ١٩٦٥ .

وأن يتصدق فى حال يأمل الحياة فإن النبى — صلى الله عليه وسلم — سئل عن أفضل الصدقة فقال: أن تعطيه[1] وأنت صحيح شحيح تأمل العيش ولا تمهل حتى إذا بلغت التراقى قلت لفلان كذا ولفلان كذا ، وأن يخفى صدقته لقوله تعالى « وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » . وألا يمن لقوله تعالى « لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى » ، وأن يستحقر كثيرا مما يعطى لأن الدنيا كلها قليلة ، وأن يكون من أحب أمواله لقوله تعالى « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » ، وأن يكون كثيراً لقوله صلى الله عليه وسلم « أفضل الرقاب أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها » .

ويقول(٢) العلامة الألوسى عند تفسيره لقوله تعالى « من ذا الذى يقرض (الآية) أخرج الإمام أحمد وابن المنذر وابن أبى حاتم عن أبى عثمان النهدى قال بلغنى عن أبى هريرة — رضى الله عنه — أنه قال : إن الله تعالى ليكتب لعبده المؤمن بالحسنة الواحدة ألف ألف حسنة فحججت ذلك العام ولم أكن أريد أن أحج إلا للقائه فى هذا الحديث ، فلقيت أبا هريرة فقلت له .. فقال : ليس هذا ، قلت ولم يحفظ الذى حدثك إنما قلت : إن الله تعالى ليعطى العبد المؤمن بالحسنة الواحدة ألفى ألف حسنة ، ثم قال أبو هريرة أو ليس تجدون هذا فى كتاب الله تعالى « من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة » . فالكثير عند الله أكثر من ألفى ألف وألفى ألف ، والذى نفسى بيده لقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله تعالى يضاعف الحسنة ألفى ألفى حسنة » .

ويحدثنا الإمام أبو حيان عن سر إسناد الاستقراض إلى الله تعالى فيقول(٣) : « أسند الاستقراض إلى الله تعالى — وهو المتنزه عن الحاجات — ترغيباً

---

(١) « أن تعطيه » الضمير يعود على المحتاج

(٢) الألوسى فى « روح المعانى » جـ ٢ ص ١٤٠ المطبعة المنيرية ١٣٤٥ هـ .

(٣) تفسير البحر المحيط — لأبى حيان الأندلسى جـ ٢ ص ٢٥٢ مطبعة السعادة الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ .

فى الصدقة ، كما أضاف الإحسان إلى المريض والجائع والعطشان إلى نفسه فى قوله جل وعلا « يا ابن آدم مرضت فلم تعدنى ، واستطعمتك فلم تطعمنى ، واستسقيتك فلم تسقنى » الحديث : أخرجه البخارى ومسلم .

« القرض فى كلام علماء الحديث »

جاء فى صحيح البخارى عن أبى هريرة « أن رجلا تقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأغلظ له فهمّ به أصحابه فقال « دعوه فإن لصاحب الحق مقالا واشتروا له بعيراً فأعطوه إياه » قالوا لا نجد إلا أفضل من سنه قال « اشتروه فأعطوه إياه فإن خيركم أحسنكم قضاء » .

وعندما تناول الإمام ابن حجر العسقلانى شرح هذا الحديث(١) استنبط منه ما يأتى : وفى الحديث جواز المطالبة بالدين إذا حل أجله وفيه حسن خلق النبى صلى الله عليه وسلم ، وعظم حلمه وتواضعه وإنصافه وأن من عليه دين لا ينبغى له مجافاة صاحب الحق .

ثم قال ابن حجر : وفيه أن الاقتراض فى البر والطاعة وكذا الأمور المباحة لا يعاب وإن للإمام أن يقترض على بيت المال لحاجة بعض المحتاجين ليوفى ذلك من مال الصدقات .

وجاء فى صحيح مسلم عن أبى رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره فرفع إليه أبو رافع فقال : لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال « أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء » .

---

(١) انظر متن الحديث وشرحه فى فتح البارى لابن حجر جـ ٥ ص ٤٥٣-٤٥٤ مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، سنة ١٩٥٩ م .

وبهمنا هنا من شرح الإمام النووى لهذا الحديث(١) جوابه على ذلك الاعتراض الذى افترضه . . حيث يقول :

(قوله : فقدمت عليه إبل الصدقة الخ) هذا مما يستشكل فيقال فكيف قضى من إبل الصدقة أجود من الذى يستحقه الغريم مع أن الناظر فى الصدقات لا يجوز تبرعه منها ؟ .

والجواب : أنه صلى الله عليه وسلم — اقترض لنفسه فلما جاءت إبل الصدقة اشترى منها بعيرا رباعيا ممن استحقه فملكه النبى — صلى الله عليه وسلم — بثمنه وأوفاه متبرعا بالزيادة من ماله .. قال النووى : ويدل على ذلك : رواية أبى هريرة التى قد مناها . . أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال : اشتروا له منها . . فهذا هو الجواب المعتمد .

ويقول الشيخ عبد الرؤوف المناوى فى شرحه للحديث(٢) « كل قرض جر نفعاً فهو ربا » الذى رواه السيوطى فى جامعه الصغير .

« فإذا اشترط فى عقده — أى فى القرض — ما يجلب نفعاً إلى المقرض من نحو زيادة قدراً وصفة . . بطل » . ثم يتحدث العلامة المناوى عن إسناد الحديث فيقول : إنه ساقط لأن فيه سوار بن مصعب قال الزهرى قال أحمد والدارقطنى : متروك .

ونقل الشيخ العزيزى فى شرحه على الجامع الصغير عن الشيخ : إن هذا

---

(١) يراجع متن الحديث وشرحه فى شرح صحيح مسلم للإمام النووى ج ١١ ص ٣٧ و ٣٨ المطبعة المصرية — الطبعة الأولى سنة ١٩٣٠ م .

(٢) فيض القدير شرح الجامع الصغير — للمناوى ج ٥ ص ٢٨ — مطبعة مصطفى محمد الطبعة الأولى سنة ١٣٥٦ هـ .

الحديث(١) لغيره .. ومعنى هذا أنه صالح للاحتجاج به ويقويه إجماع الأئمة على أن كل قرض جر نفعاً فهو ربا .

ويقول ابن حجر فى كتابه « بلوغ الرام من أدلة الأحكام » إن لهذا الحديث شاهدا ضعيفا عند البيهقى وآخر .. وثوقا على عبد الله بن سلام عند البخارى .

ويقول العلامة الصنعانى فى شرحه « سبل السلام شرح بلوغ المرام » إنه لم يجد الشاهد الأخير فى البخارى فى باب الاستقراض » أ ﻫ .

وهذا الشاهد الذى لم يعثر عليه العلامة الصنعانى ثابت فى صحيح البخارى كما قال ابن حجر ، لكن ليس فى باب الاستقراض بل فى ترجمة عبد الله بن سلام .. وفيما يلى النص الذى اعتمده الحافظ « ابن حجر » :

« عن أبى بردة بن أبى موسى قال » قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام فقال لى إنك بأرض فيها الربا فاش فإن كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا » .

وللإلمام بالأحاديث الواردة بشأن القرض سنورد هنا — إن شاء الله — هذه الأحاديث حسبما جاءت فى كتاب المنتقى — للإمام ابن تيمية ، وسنختار من شرح الإمام الشوكانى عليها ما يتسع له المقام ويتصل بصميم الموضوع الذى نعرض له .. والله المستعان :

باب فضيلته(٢) :

أورد ابن تيمية حديثاً واحداً على فضل القرض ، وهو هذا الحديث :

---

(١) شرح العزيزى على الجامع الصغير ج ٣ ص ٩٣ مطبعة عيسى البابى الحلبى سنة ١٣٥٩ ﻫ .

(٢) المقصود : فضيلة القرض المبرأ عن الربا — راجع نيل الأوطار — للشوكانى ج ٥ ص ٣٤٧ المطبعة المنيرية سنة ١٣٤٤ ﻫ الطبعة الثانية .

« عن ابن مسعود عن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال ما من مسلم يقرض قرضا مرتين إلا كان كصدقتها مرة » .

ومما قاله الشوكانى تعليقاً على هذا الحديث قوله « وفى فضيلة القرض أحاديث وعمومات الأدلة القرآنية والحديثية القاضية بفضل المعاونة وقضاء حاجة المسلم وتفريج كربته وسد فاقته شاملة له ولا خلاف بين المسلمين فى مشروعيته . قال ابن رسلان : ولا خلاف فى جواز السؤال عند الحاجة ولا نقص على طالبه ولو كان فيه شىء من ذلك لما استسلف النبي صلى الله عليه وسلم — قال فى البحر المحيط : وموقعه أعظم من الصدقة إذ لا يقترض إلا محتاج أ هـ .

باب استقراض الحيوان والقضاء من الجنس فيه وفى غيره[1] :

أورد العلامة ابن تيمية هنا الأحاديث التالية :

١ — عن أبى هريرة قال : استقرض رسول الله — صلى الله عليه وسلم — سنا فأعطى سنا خيراً منه وقال خياركم أحاسنكم قضاء (رواه أحمد والترمذى وصححه) .

٢ — عن ابن رافع « استسلف النبي — صلى الله عليه وسلم — بكرا فجاءته إبل الصدقة فأمرنى أن أقضى الرجل بكرا ، فقلت إنى لم أجد فى الإبل إلا جملا خيارا رباعيا، فقال أعطه إياه فإن خير الناس أحسنهم قضاء . . رواه الجماعة إلا البخارى .

٣ — عن أبى موسى قال : جاء أعرابى إلى النبى صلى الله عليه وسلم يتقاضاه فأرسل إلى خولة بنت قيس فقال لها إن كان عندك تمر فأقرضينا حتى يأتينا تمر فنقضيك » مختصر لابن ماجة .

ومما يعلق به الشوكانى على هذه الأحاديث :

---

(١) نيل الأوطار — للشوكانى جـ ٥ ص٣٤٧ — ٣٤٨ المطبعة المنيرية — الطبعة الثانية سنة ١٣٤٤ هـ .

قوله « بكرا » بفتح الباء الموحدة وهو الفتى من الإبل قال الخطابى هو من الإبل بمنزلة الغلام من الذكور ؟ والقلوص بمنزلة الجارية من الإناث .

قوله « رباعيا » بفتح الباء وتخفيف الموحدة — : هو الذى استكمل ست سنوات ودخل فى السابعة : قال الخطابى وفى حديث أبى رافع من الفقه جواز تقديم الصدقة قبل محلها[1] وذلك لأن النبى — صلى الله عليه وسلم — لا تحل له الصدقة فلا يجوز أن يقضى من إبل الصدقة شيئاً كان استسلفه لنفسه .. فدل على أنه استسلفه لأهل الصدقة من أرباب المال ، وهذا استدلال الشافعى .

وقد اختلف العلماء فى جواز تقديم الصدقة عن محل وقتها فأجازه الأوزاعى وأبو حنيفة وأصحابه وابن حنبل وابن زاهويه وقال الشافعى يجوز أن يعجل الصدقة مرة واحدة ، وقال الشافعى يجوز أن يخرجها قبل حلول الحـــول ، وكرهه سفيان الثورى[2] .

باب جواز الزيادة عند الوفاء والنهى عنها قبله :

أورد العلامة ابن تيمية هنا الأحاديث الآتية :

١ — عن أبى هريرة قال : « كان لرجل على النبى — صلى الله عليه وسلم — سن من الإبل فجاء يتقاضاه فقال أعطوه فطلبوا سنه فلم يجدوا إلا سنا فوقها فقال « أعطوه ، إن خيركم أحسنكم قضاء » .

٢ — عن جابر قال : « أتيت النبى — صلى الله عليه وسلم — وكان لى عليه دين فقضانى وزادنى » متفق عليه .

٣ — عن أنس « وسئل الرجل منا يقرض أخاه المال فيهدى إليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم — إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » رواه ابن ماجة .

---

(١) المحل بكسر الحاء هو الموعد (هنا) وهو أيضا الموضع — راجع على سبيل المثال تفسير القرطبى للاية ١٩٦ من سورة البقرة

(٢) نميل إلى رأى سيفان — راجع كتاب « الزكاة أداة أقتصادية » للمؤلف.

٤ — وعن أنس عن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال « إذا أقرض (أحدكم) فلا يأخذ هدية » رواه البخارى .

٥ — عن أبي بردة بن أبي موسى قال : « قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام فقال إنك بأرض فيها الربا فاش فإن كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا » رواه البخارى فى صحيحه .

ومما كتبه العلامة الشوكانى على هذه الأحاديث فى صحيحه ما يأتى :

فى حديث أبي هريرة جواز رد ما هو أفضل من المثل المقترض إذا لم تقع شرطية ذلك فى العقد(١) وبه قال الجمهور . . وعن المالكية : إن كانت الزيادة بالعد لم يجز وإن كانت بالوصف جازت ويرد عليهم حديث جابر المذكور فى الباب فإنه صرح بأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ زاده والظاهر أن الزيادة كانت فى العدد وقد ثبت فى رواية للبخارى أن الزيادة كانت قيراطاً .

وأما إن كانت الزيادة مشروطة فى العقد فتحرم اتفاقا ولا يلزم من جواز الزيادة فى القضاء على مقدار الدين جواز الهدية ونحوها قبل القضاء لأنها بمنزلة الرشوة . . فلا تحل كما يدل على ذلك حديثا أنس المذكوران فى الباب وأثر عبد الله ابن سلام .

* * *

ويخلص مما تقدم : أن الهدية والعارية ونحوهما إن كانت لأجل التأخير فى أجل الدين أو لأجل رشوة صاحب الدين أو لأجل أن يكون لصاحب الدين منفعة فى مقابل

---

(١) الشرطية الثابتة فى العقد سلفاً هى من عناصر الربا .. أما هذه العناصر فأربعة عددا : تحديد الجزاء سلفاً ، وربط الجزاء برأس المال أى أنه يكون منسوباً إليه كقولنا ٧ ٪ من القرض ، والتكرار مع الزمن كقولنا سنوياً أو شهرياً ، وإعفاء المقرض من أى خسارة قد يجرها تقليب المال الذى هو أصلا ماله — راجع كتاب بحوث فى الربا (للمؤلف) .

دينه فذلك محرم لأنه نوع من الربا أورشوة وإن كان ذلك لأجل عادة جارية بين المقرض والمستقرض قبل التداين فلا بأس وإن لم يكن ذلك لغرض أصلا فالظاهر المنع . . لإطلاق النهى عن ذلك .

وأماالزياة علىمقدارالدين عندالقضاء ، بغير شرط ولا إضمار ، فالظاهر الجواز من غير فرق بين الزيادةفى الصفةوالمقدار والقليل والكثير لحديث أبى هريرة وأبى رافع والعرباض وجابر ، بل هو مستحب ، قال المحاملى وغيره من الشافعية : يستحب للمستقرض أن يرد أجود مما أخذ للحديث الصحيح فى ذلك«إن خيركم أحسنكم قضاء».

ومما يدل على تحريم القرض الذى يجر إلى المقرض نفعا ما أخرجه البيهقى فى المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفا بلفظ « كل قرض جر منفعة فهووجه من وجوه الربا»وروراه فى السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبى بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس "موقوفا عليهم ، ورواه الحارث أسامة من حديث على رضى الله عنه بلفظ « إن النبى- صلى اللهعليه وسلم - نهى عن قرض جرمنفعة .. وفى رواية « كل قرض جر منفعة فهوربا » وفى إسناده سوار بن مصعب وهو متروك » أ ه

عقد المضاربة أو القراض

حول الاسم :

قال بعض الفقهاء : المضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض ، سمى بها لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله(١) ويستدلون بقوله تعالى « وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله »(٢).

ويسميه أهل الحجاز القراض فقيل هو مشتق من القطع يقال : قرض الفأر

---

(١) الهداية / برهان الدين على بن أبى بكر الميرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ ه ص ١٦٢ .

(٢) سورة المزمل ـــ الآية رقم ٢٠ .

الثوب إذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح .

وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال : تقارض الشاعران إذا وازن كل واحد منهما مع الآخر بشعره ، وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا(١) .

تعريف المضاربة :

المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين ومراده الشركة فى الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، ولا مضاربة بدونها . فلا يصح أن يكون الربح كله لرب المال أو للمضارب إذ لو كان للأول لكانت بضاعة ولو كان للثانى لكان قرضا(٢) ويقال أيضاً « المضاربة هى عقد على الشركة فى الربح بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر(٣) .. كما يقال : « المضاربة هى أن يشترك (أحد الشركاء) بدون مال . . ومعنى ذلك أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتحرك فيه أو (يقلبه) على أن ما حصل من الربح بينهما على حسب ما يشترطانه(٤) . . ومن التعاريف المعتمدة أيضاً قولهم « هى شركة بمال من جانب وعمل من جانب »(٥).

سند مشروعيتها :

أجمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة ، ذكره ابن المنذر ، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهما

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٢ .
(٢) الهداية ص ١٦٢ .
(٣) الفتاوى الهندية .
(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٢ — ٢٦ .
(٥) انظر حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٥٣٨ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى جـ ٥ ص٥٢ طبعة بولاق .

خرجا فى جيش إلى العراق فتسلفا من أبى موسى مالا وابتاعا به متاعاً وقدما به إلى المدينه فباعاه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله ، فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربح لنا ؟ فقيل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته .. وأخذ منهما نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض .

وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا مخالف لهما من الصحابة فحصل إجماع ... هذا ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة فإن الدراهم والدنانير لا تنمى (التاء مضمومة والميم مشددة) إلا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا أن كل من يحسن التجارة له رأس مال .. فنشأت الحاجة إليها من الجانبين، خاصة وأن النبى — صلى الله عليه وسلم — جاء والناس يتعاملون بها فأقرها وتعاملت بها الصحابة(١) .

شروط المضاربة الصحيحة :

وأما شروطها فكثيرة ،ومنها : أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير (عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد رحمهم الله تعالى) أو فلوساً رائجة ، فلو كان رأس المال غير هذه لم تجز إجماعا عند الحنفية ، وإذا كانت فلوساً رائجة جازت عند محمد وليس كذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقد أجاز بعض الحنفية أن يعطى المضارب عرضا ويقال له بعه واعمل فى ثمنه ، ومالك لا يقبل هذا وإن قبله فى الشركة(٢) .

ولا تجوز بالذهب والفضة إذا لم تكن مضروبة فى رواية الأصل كذا فى فتاوى قاضيخان .. وفى لكبرى فى المضاربة بالتبر روايتان ، ففى كل موضع يروج التبر برواج الأثمان تجوز المضاربة . . هكذا فى المبسوط والبدائع .

ومن شروطها أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد حتى لا يقعا فى المنازعة ومنها أن يكون رأس المال عينا لا دينا فالمضاربة بالديون لا تجوز . قال

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٣ .
والهداية ص ١٦٢ .
(٢) الهداية ص ١٦٥ .

بن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة ، وممن حفظنا ذلك عنهم عطاء والحكم وحماد والثورى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وبه قال الشافعى ، وإن كان بعض الحنابلة جوزوا جعل الدين رأس مال للمضاربة لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ودفع الثمن إلى من أذن له فى دفع ثمنه فتبرأ ذمته منه . ويصير كما لو دفع إليه عرضا وقال بعه وضارب بثمنه ، وجعل أصحاب الشافعى مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال والمضارب أجر مثله لأنه علقه على شرط ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط(١) .

ومنها أن يكون المال مسلما إلى المضارب، لا يد لرب المال فيه، فإن شرطا أن يعمل رب المال مع المضارب تفسد المضاربة سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالأب والوصى إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير(٢) .

ومنها أن يكون نصيب المضارب من الربح معلوما على وجه لا تنقطع به الشركة فى الربح ، فإن قال على أن لك من الربح مائة درهم أو شرط مع النصف أو الثلث عشرة دراهم لا تصح المضاربة كذا فى المحيط للسرخسى .

ولو دفع إليه مضاربة على أن يعطى المضارب رب المال ما شاء من الربح ، أو على أن يعطى رب المال المضارب ما شاء من الربح فهذه مضاربة فاسدة لجهالة حصة المضارب من الربح فى الصورتين(٣) .

ومن شروطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما فى عقد الشركة(٤) .

ومنها أن يكون الشرط للمضارب مشروطا من الربح لا من رأس المال ،

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٦٧ .
(٢) النهاية ص ١٦٢ .
(٣) المبسوط للسرخسى جـ ٢٢ ص ١٩ .
(٤) النهاية ص ١٦٥ .

حتى لو شرط شيئاً من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت المضاربة كذا فى محيط السرخسى (الفتاوى الهندية) .

ولا يجوز للمضارب أن يشترط أو يشرط له رب المال أجراً مع حصته فى الربح إذ هو مستحق للربح بعمله فكيف يأخذ عليه أجراً آخر .(١)

ولا يصح التوقيت فى عقد المضاربة إذ لكل منهما أن ينفرد بفسخه متى شاء لأن انعقاده بطريق الشركة لا الإجارة . وأجاز بعضهم توقيت العقد لكن يبطل العقد بمضى الوقت المتفق عليه لأنه توكيل قيد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع أو المكان.(٢)

ولا غرابة أن تكون شروط هذا العقد كثيرة إذ هو يجمع أحكاماً من عقود كثيرة ، فى صورة ما، كالوديعة وفى صورة أخرى كالوكالة ، وإذا فسد العقد لشرط فاسد كان كالإجارة ، وإذا خالف المضارب كان غاصباً ضامناً ، إلى غير هذا من الأحكام المتعلقة بكثير من أنواع المعاملات الإسلامية .

ما يجوز للمضارب أن يفعله :

ثلاثة أنواع من التصرفات يمكن رد الأمر إليها فى هذه المسألة :

١ — نوع يملكه المضارب بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان والإيجار والاستئجار للركوب أو الحمل أو الشراء له ولو سفينة إذا احتاج إليها ، وتأخير الثمن إلى أجل متعارف .

٢ — ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما مثل له بدفع المال للمضاربة وخلط مال المضاربة بماله أو مال غيره لأن رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق فى التثمير فمن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة .. وقوله اعمل برأيك دال عليه .

(١) المبسوط للسرخسى ص ٢٥ .

(٢) النهاية ص ١٦٥ وانظر ابن عابدين / ٤ / ٥٣٨ فى شروط المضاربة .

٣ ـ ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولو قيل له اعمل برأيك إلا أن ينص عليه.. وهو الاستدانة لأن فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ، والعتق على مال وغير مال، والكتابة، والهبة، والصدقة.. وكل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه إلا بالنص(١).

وعليه فإن العامل لا يملك المضاربة والشركة والخلط إلا بإذن أو يقال له اعمل برأيك ولا يملك الإقراض ولا الاستدانة إلا بنص وإن قيل له أعمل برأيك ولا يملك تجاوز بلد أو سلعة أو وقت أو شخص عينه المالك فإن فعل ضمن بالمخالفة وكان ذلك الشراء له .(٢)

وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ، ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة .

وليس له أن يشترى خمراً ولا خنزيراً سواء كان (المتعاقدان) مسلمين أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فإن فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعى.. وقال أبو حنيفة: إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به . وأجاز بعضهم البيع ومنع الشراء (٤).

وإذا ضارب المضارب بلا إذن المالك لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثانى كما فى ظاهر الرواية عن الإمام أبى حنيفة لأن الدفع إيداع وهو يملكه فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن (٥).

وإذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح . . سواء كان فى الحضر أو السفر وقال الشافعى لا يصح فى الحضر، وعليه فإنه إذا ادعى أنه أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً فى يديه أو قد رجع إلى مالكه ، .. وقال أبو حنيفة إذا كان المال باقياً فى يده ، وليس له ذلك إذا كان بعد رده .

---

(١) تبيين الحقائق ص ٦٩ .   (٢) الهداية ص ١٧٠ .

(٣) الهداية ص ١٧٠ .

(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٤٥ .

(٥) انظر المغنى جـ ٥ ص ٤٦ .

والعامل أمين فى مال المضاربة لأنه كالوكيل قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل فى قدر رأس المال كذا قال الثورى وأصحاب الرأى . . وبه نقول لأنه يدعى عليه قبض شىء وهو ينكره والقول قول المنكر وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه، وما يدعى عليه من خيانة وتفريط وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة ، لأن الاختلاف ههنا فى نيته وهو أعلم بما نواه .(١)

وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال يعنى أنه لا يستحق أخذ شىء من الربح حتى يسلم رأس المـــال إلى ربه ، ومتى كان فى المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الخسران والربح فى مرة واحدة أو الخسران فى صفقة والربح فى صفقة أخرى أو إحداهما فى سفرة والأخرى فى أخرى لأن معنى الربح هو الفضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم فى هذا خلافاً ، لقول النبى ﷺ : « مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تســـلم له فرائضه » . لأن المال أصل والربح فرع .(٢)

ومال المضاربة ، ما يهلك منه فمن الربح ، لأنه تابع لرأس المال والمضارب لا يضمن لأنه أمين يستوى فى هذا الأحوال كلها :

(ا) حالة زيادة الهالك على الربح كله .

(ب) حالة نقص ذلك عن الربح .

(جـ) حالة ألا يكون للمال ربح ودخلته الوضيعة فلا يتحمل العامل شيئاً حتى ولو كان أنفقه على نفسه .(٣)

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٦٩ .

(٢) المبسوط للسرخسى ص ٨٣ وأيضاً المغنى جـ٥ ص٥١ .

(٣) الموطأ جـ ٢ ص ٦٩١ باب مالا يجوز من الشروط فى القراض .

والإمام مالك يرى أنه يتحمل فى الخسارة إذا زادت الخسارة على رأس المال فالزيادة يتحملها المضارب ولا يتحمل غيرها (١).

وإذا تعدى المضارب بفعل ماليس له فعله فهو ضامن للمال فى قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن أبى هريره وحكيم بن حزام وأبى قلابة ونافع وإياس والشعبى والنخعى وحماد ومالك والشافعى وأصحاب الرأى .

وعن على رضى الله عنه ، لا ضمان على من شورك فى الربح ، وروى معنى ذلك عن الحسن والزهرى .

وعند بعض المالكية أنه متصرف فى مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ، ولا يقولون بمشاركته فى الربح فلا يتناوله قول على رضى الله عنه .

أما إذا تعدى المضارب أو العامل على القراض فنقص المال أخـــذ من ماله الخاص، فيجبر به(٢) وبمثل هذا كان رأى الشافعى واضحاً فى الأم(٣) والسرخسى فى المبسوط (٤).

وتمتلىء كتب الفقه بالصور المتفرعة عن شرائه بدون إذن ..ربح أو لم يربح ، وتجوز المضاربة مع غير المسلمين بأن يأخذ المسلم من النصرانى مالا مضاربة لأنه نوع من الوكالة ولا بأس أن يلى المسلم البيع والشراء للنصرانى بوكالته ، على أنه يكره أن يدفع المسلم مالا للنصرانى للمضاربة وإن كان يجوز فى القضاء (أى قضاء الدين) كما يكره أن يوكل النصرانى فى التصرف فى ماله خوفاً من عدم تحرزه .(٥)

وأخيراً عقود الأمانة هل تنفسخ بمجرد التعدى أم لا ؟ عند الحنابلة : الأمانة

---

(١) لموطأ جـ ٢ ص ٦٩٤ .
(٢) الموطأ جـ ٢ ص ٦٩٦ .
(٣) الأم جـ ٨ ص ١٢٢ .
(٤) المبسوط جـ ٢٢ صفحات ١٨ — ٢٢ .
(٥) المبسوط جـ ٢٢ ص ١٢٥ .

المحضة تبطل بالتعدى والأمانة المتضمنة شيئاً آخر لاتبطل على الصحيح .. ويتخرج على هذا مسائل منها: الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما فالمعروف من المذهب(١) أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة .

أما إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولاتورث الوكالة . وإن ارتد رب المال والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت .. ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته ، ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها .. وعلى هذا تكثر التفريعات والصور المفترضه . . وهى فى مراجع الفقه بالغة الوفاء .

(١) الحنبلى ، والمرجع : القواعد لابن رجب ـ القاعدة ٤٥ ص ٦٤ .

البحث السابع

الحوالة

* يقع البحث القيم الذى نشرته الموسوعة الفقهية، بالكويت عام ١٣٩٠هـ ١٩٧٠م فى نحو ١٧٠ صفحة من القطع الكبير . وعنه اخترنا الصفحات القليلة التالية . .

* وفى آخر البحث المذكور بيان بأسماء العلماء الذين أسهموا فى إعداد عشرات الموضوعات . . وإن كان القدر الذى نشر .. ثلاثة فقط .. وقد علمنا أن الأستاذ الدكتور إبراهيم عبد الحميد إبراهيم .. هو الذى تولى أمر الحوالة من أول خطوات التخطيط إلى متابعة التنفيذ ومباشرته . . كما أن الأستاذ الدكتور جمال الدين عطية المحامى . . حين شغل مركز الأمين العام للموسوعة المذكورة .. قد أسهم ببعض الدراسة وإعداد الملاحق .

* وفى الحق .. إن ما اخترناه جدير بالاطلاع .. كما هو .. دون مزيد من التركيز أو الحذف أو الإضافة .

الحوالة

لمحة تاريخية

— لم يعرف القانون الرومانى فكرة انتقال الحقوق والالتزامات بين الأحياء[1] إذ كانت الفكرة القديمة السائدة : هى أن الالتزام رابطة شخصية مابين دائن ومدين ، بل إن هذه الرابطة الحقوقية فى الفكر الرومانى بلغت حد السلطة الشخصية المطلقة للدائن على المدين حتى إنها فى شرعهم القديم كانت تبيح للدائن استرقاق المدين العاجز عن الوفاء أو قتله .

فالرابطة الحقوقية عندهم فى الدين ، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات ، لم يكونوا يتصورون أن تنتقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنحل ، ولذلك لم يكن ممكناً ، إذا أريد تغيير شخص الدائن إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن . أو أريد تغيير شخص المدين إلا تجديد الالتزام بتغيير المدين وفى الحالتين لم يكن الالتزام ذاته ، بمقوماته وخصائصه هو الذى ينتقل من شخص إلى شخص آخر .. بل كان الالتزام الأصلى ينقضى بالتجديد ، وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التى كانت للالتزام الأصلى ، وفى هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن السابق أو يتغير شخص المدين .

على أن الرومان كانوا يلجؤون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، دون تدخل من المدين .. فكان الدائن الأصلى يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه فى قبض الدين باسمه من المدين وكان هذا التوكيل وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين . ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة فإن الدائن الأصلى كان يستطيع أن يعزل الوكيل

---

(١) استساغت القوانين منذ عهد بعيد انتقال الالتزام بسبب الموت على أساس تصور استمرار شخصية المورث فى شخصية الوارث .

قبل أن يقبض الدين[١] . وبقى القانون الرومانى على هذه الحال ، دون أن يعرف حوالة الحق ولا حوالة الدين .

— وبقيت الحوالة مجهولة مدة طويلة فى القانون الفرنسى القديم ، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذى كان القانون الرومانى يلجأ إليه حتى أصبح هذا الطريق مألوفاً . ومنه دخلت حوالة الحق فى القانون الفرنسى القديم(٢) ، وأصبح مسلماً فى هذا القانون أنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين بالحوالة ، على غرار التوكيل بالقبض الذى أصبح مفترضاً دون نص ، وساعد على إمكان إنتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتبار أنه رابطة شخصية ، أخذت تتطور وأخذ العنصر المادى فى الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً . فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام ينتقل من دائن إلى دائن آخر، باعتبار أنه قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية ، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه .

ولكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد .. ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين ، أى انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر ، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين فى الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة فى الوفاء . وبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكمله إلى غايته ، باستثناء التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام على الإنابة فى الوفاء .

— أما التقنينات الجرمانية فقد سارت فى التطور إلى نهاية الطريق .. ووجهة نظرهم فى هذا أنه مادامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام يغلب فيه معنى القيمة المادية على الرابطة الشخصية ، وما دام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، فما الذى يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر؟

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى ٣ / ٤١٣ — ٤١٧ .

(٢) الصادر فى سنة ١٨٠٣ م . وقد اعتبر حوالة الحق صورة من صور تجديد الدين فى المادة / ١٢٧١ / منه .

ومن ثم أصبحت مستقرة حوالة الدين فى التقنين المدنى الألمانى(١) ، وكذا فى تقنين الالتزامات السويسرى (٢) ، إلى جانب حوالة الحق ..(٣)

— أما القانون الانجليزى فلم يكن يعرف الحوالة قبل سنة ١٨٧٥ م ، وكان الطريق الوحيد لنقل الدين هو طريق التجديد الذى يتطلب موافقة الأطراف الثلاثة وتغير الدين نفسه بالانقضاء وقيام دين جديد. وحتى سنة ١٩٢٥ م لم يكن بإمكان المحال أن يطالب باسمه الخاص وإنما كان عليه أن يستعمل اسم المحيل ، حتى صدر قانون الملكية سنة ١٩٢٥ م فأباح أن تكون مطالبة المحال باسمه الخاص .(٤)

سبق الشريعة الإسلامية فى تنظيم الحوالة :

— يتضح من هذه اللمحة التاريخية أن القوانين الوضعية لم تعرف حوالة الحق قبل سنة ١٨٠٣ م ولم تعرف حوالة الدين قبل سنة ١٨٩٦ م وينتج عن هذه الحقيقة أمران فى غاية الأهمية :

(أولهما) — أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية بأكثر من عشرة قرون فى تنظيم انتقال الحق والدين بطريق الحوالة كما سيتضح تفصيلا فى هذا البحث .

(ثانيهما) — أن الشريعة الإسلامية منقطعة الصلة تماماً بالقانون الرومانى مما يدحض كل زعم أو شبهة فى استمدادها منه ، بدليل سبقها وتفوقها الواضح عليه وعلى القوانين الوضعية الحديثة التى أخذت عنه .

ومن المعروف الواضح أن الشريعة الإسلامية قد عرف فيها نوعا الحوالة فى وقت واحد : حوالة الدين وحوالة الحق دون سبق لأحدهما فى الزمن بينما إن

---

(١) الصادر فى سنة ١٨٩٦ م .

(٢) الصادر فى سنة ١٩١١ م .

(٣) الوسيط للسنهورى ٣ / ٤١٧ — ٤١٩ و ٥٥٧ — ٥٥٩ .

(٤) العقود لشيتى ١ / ٩٢١ — ٩٤٩ .

Cihtty on contracts 1921

حوالة الدين — وهى العقدة التى لم تقبل الحل فى الفكر وفى التشريع الرومانيين ولا فى التقنينات الأوروبية عامة — لم تعرف إلا على أبواب القرن التاسع عشر .

وسيتضح بجلاء فى البحوث المقبلة من هذا الموضوع أن الحوالة فى الشريعة الإسلامية تستمد أصولها من أدلة شرعية أصيلة هى السنة والإجماع والقياس .

أثر التنظيم الإسلامى للحوالة على المعاملات فى أوربا :

— بقى أن نتساءل ، إذا كانت الشريعة قد سبقت هـذا السبق فى تنظيم الحوالة ، فهل كان لها تأثير على النظم والقوانين الأوربية الوضعية؟

يجيب المستشرق يوسف شاخت: بكل تأكيد إن الحوالة والسفتجة المعروفتين فى الفقه الإسلامى قد استعملتا كأوراق تجارية فى القرون الوسطى مما فتح باب النشاط المصرفى الحقيقى أمام التجار المسلمين والصيارفة اليهود(١) ، كما أكد أن الأصل التاريخى للكمبيالة المعروفة حالياً فى الغرب يرجع إلى الحوالة والسفتجة المعروفتين فى الشريعة الإسلامية .(٢) ويضيف شاخت أن كلمة **aval** الفرنسية والتى تعنى التظهير التأمينى للورقة التجارية مأخوذة من الكلمة العربية « حوالة » ، كما أن كلمة « شيك » مأخوذة من الكلمة العربية « صك(٣) .

وقد قال بهذا الرأى قبل شاخت العلامة الفرنسى د. هوفلين(٤) حيث ذكر

---

(١) مدخل إلى الشريعة الإسلامية لشاخت ٧٨ .

Joseph Schacht. An Introduction to Islamic Law 78

(٢) شاخت ١٤٩ .

(٣) شاخت ٧٨ .

(٤) ورأى هوفلين **D. Huvelin** هذا أورده فى كتابه : حوليات القانون التجارى (باريس ١٩٠١) ونقله عنه الأستاذ صبحى المحمصانى فى بحث له ضمن مجموعة « القانون فى الشرق الأوسط » **Law in the Middle East** الصادر عن معهد الشرق الأوسط بواشنطن بإشراف مجيد خدورى وهربرت ليبسنى سنة ١٩٥٥ م .

أن حوالة الدين قـــد انتقلت إلى أوربا عن طريق أسبانيا وصقلية وفى الحروب الصليبية فى القرن الثانى عشر الميلادى ، وأنه ليس أذل على ذلك من أن كلمة aval الفرنسية مشتقة من كلمة (حوالة) العربية(١) .

وإذا رجعنا إلى الموسوعة الفرنسية « لاروس » وجدناها تذكر صراحة تحت كلمة aval أنها مستعارة من الـكلمة العربية la - Wala - mandat .

ولـكلمة mandat عدة معان(٢) منها الحوالة علاوة على معناها الأصلى وهو الوكالة . ويبدو أن هناك تحريفاً فى كتابة الأصل العربى من ha إلى al إذ إن كلمة الولا al — wala لا تنطبق على أى من معانى mandat كما أنها لا تنطبق على معنى aval التى قيل إنها مستعارة عنها . وتـكون بذلك الـكلمة الصحيحة فى السياق والمقصودة كأصل استعيرت منه كلمة aval هو hawala لا al — wala ويؤكد هذا ما سبق أن نقلناه عن المستشرق شاخت وغيره .

بقى أن نشير إلى أن المعنى الفنى لـكلمة aval فى القانون الفرنسى هو الضمان الخاص للورقة التجارية الصادرة عن الغير أو عن أحد الموقعين على الورقة التجارية بعبارة bon pour aval أو ما شابهها ويعتبر بمقتضاها كفيلا متضامناً لا مديناً متضامنا يلتزم بدفع قيمة الورقة التجارية ، إذا لم يقم المدين المكفول بدفعها ، ويحل محله فى الاستفادة من الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية (٣) .

وواضح أن هذا المعنى لا ينطبق على معنى الحوالة وهو إلى الـكفالة أقرب ، ولـكن ذلك لا ينفى أن المصطلح الفرنسى الدال عليه مأخوذ من كلمة (حوالة) العربية فإن استعارة لفظ من لغة لا يستلزم التقيد بحرفية معناه فيها .

---

(١) Law in the Middle Fast 202 .

(٢) شيك سياحى mandat de voyage حوالة بريدية mandat de poste إذن صرف mandat de paiement .

(٣) المعجم القانونى الصغير دالوز petit dictionnaire de droit Dalloz والتوسع راجع الموسوعة القانونية دالوز Encyclopédie Juridique Dalloz

وعلى أية حال ، وسواء كانت كلمة aval مستعارة من كلمة « حوالة » أو من غيرها ، فمما لا شك فيه أن استعمال الحوالة والسفتجة المعروفتين فى الفقه الإسلامى فى معاملات التجار المسلمين بعضهم مع بعض ، أو بينهم وبين غيرهم ، قد أتاح للأوربيين منذ القرون الوسطى معرفة هـــذا النوع من التعامل الذى لم يكن معروفاً فى القانون الرومانى وما أخذ عنه من قوانين غربية حتى بداية القرن التاسع عشر .

الحوالة فى الفقه الإسلامى

تعريف الحوالة لغة وشرعاً

وبعض الأسماء الاصطلاحية فيها

(أولا)

تعريف الحوالة لغة

ـ الحوالة فى اللغة : « تحويل ماء من نهر إلى نهر » كما فى لسان العرب ،وجاء فيه أيضاً قبيل ذلك : « حال الشيء حولا وحؤولا : تحول » . لكن صاحب « اللسان » لم يذكر الحوالة فى هذا الموضع . وصرح بثبوتها ناقلو معناها اللغوى من الفقهاء ، إذ قالوا : الحوالة لغة التحول والانتقال(١) .

وبذا يجتمع لنا تصحيح ما أثبته الفقهاء فى كتبهم من أن الحوالة (وهى بفتح الحاء أفصح من كسرها (هى اسم ، (أى اسم مصدر) ، بمعنى الإحالة).

ومما تقدم يجتمع لها فى اللغة معنيان : لازم ، ومتعد . (فالأول) التحول والانتقال(٢) ، (والثانى) النقل والتحويل(٣) .

---

(١) فى كلام صاحب لسان العرب الذى نقلناه أولا ما يؤيد صحة الحوالة بمعنى التحويل مطلقاً : إما بناء على أن الإضافة إلى الماء لمجرد التمثيل ، كما يفهم من المصباح والمغرب وغيرهما ، وإما تجوزا فى التعبير بالمقيد عن المطلق (إن كان ذلك هو نقل اللغة) .

(٢) البجيرمى على المنهج ١٩/٣ .

(٣) ابن عابدين على الدر المختار ٢٨٨/٤ .

وأصل معنى المادة الجذرى : تغير الشىء وانفصاله عن غيره ، كما فى مفردات الراغب . فهذا هو القدر المشترك فى جميع تصاريفها ، ولا يخفى تحققه حكما فى الحوالة الشرعية ، كما سيبين ، فيكون المعنى اللغوى كلياً ، والشرعى أحد أفراده .

(ثانياً)

تعريف الحوالة شرعاً عند الحنفية

الحوالة شرعاً : نقل الدين من ذمة إلى ذمة فمتى تم الإيجاب والقبول تحميلا وتحملا لأداء الدين من المتحمل إلى الدائن ، بين اثنين من الثلاثة الأطراف المعنية : الدائن والمدين والملتزم بالأداء ، مع الاستيفاء لسائر الشرائط التى ستأتى ، فقد تم هذا النقل من الوجهة الشرعية .

مثال ذلك أن يقول للدائن قائل : لك على فلان دين مقداره كذا فاقبل حوالته على ، فيقول الدائن قبلت . أو يبتدىء الدائن فيقول لصاحبه : لى على فلان كذا ، فاقبل دينه عليك حوالة ، فيجيب : قد فعلت .. ويأتى تمامه .

بعد هذا التعريف يتبين ما يلى :

(أ) أن المحيل هو المدين ، وقد يكون دائنا أيضا باعتبار آخر (كما سنرى) وهو طرف فى العقد إذا باشره بنفسه أو أجازه .

(ب) وأما المحال ، فهو الدائن . وهو أبداً طرف فى العقد ، إما بمباشرته ، وإما بإجازته . ويقال له أيضاً : حويل ، ومحتال (بصيغة اسم الفاعل ولا يقال : محال له ، أو محتال له ، لأن هذه الصلة لغو — كما قال فى المغرب — وإن أثبتها البعض وتكلف ابن عابدين تصحيحها(٢) .

---

(١) الزيلعى على الكنز ١٧١/٤ وقد أخذت المجلة بهذا التعريف فى المادة / ٦٧٣ .

(٢) حاشيته على الدر المختار ٢٨٩/٤ . وجرى اليوم على ألسنة رجال القانون الوضعى (الوسيط للسنهورى) ٤٤٢/٣ كما استعملتها مجلة الأحكام العدلية فى كتاب الحوالة .

(ج) وأما المحال عليه (ويقال له أيضاً حويل بزنة « كفيل »، ومحتال عليه) فهو الذى التزم لأحد الآخرين بدينه على ثانيهما. وهو أيضاً أبداً طرف فى العقد؛ على نحو ما ذكرنا فى المحال.

(د) وأما المحال به، (ويقال: المحتال به) فهو الدين نفسه الذى للمحتال على المحيل، وهو هنا محل عقد الحوالة.

(ثالثاً)

أساس هذا التعريف

والخلاف فيه عند الحنفية

تعريف الحوالة بالتعريف الآنف الذكر إنما هو جار على القول المصحح عند الحنفية، من أن الحوالة لا تنقل المطالبة وحدها بل تنقل الدين معها، بحيث يبرأ منه المحيل براءة مؤقتة، أى مشروطة بعدم التوى، كما سيجىء(١).

وقد حكى الزيلعى من الحنفية أن هذا هو مذهب أبى يوسف، وأن الإمام محمد بن الحسن لا يرى الحوالة إلا نقل المطالبة.. أما الدين فباق فى ذمة المحيل، ثم رتب الزيلعى على خلافهما هذا — نقلا عن المرغينانى — مسألتين:

الأولى: أن المحال إذا أبرأ المحيل من الدين، لا يصح إبراؤه عند أبى يوسف لسبق براءته، أى فراغ ذمته، بالحوالة نفسها.. ويصح إبراؤه عند محمد، لأن الدين لم يزل باقياً فى ذمته، وإنما الذى تحول هو المطالبة لا غير.

الثانية: أن المدين الراهن إذا أحال المرتهن بدينه، كان له أن يسترد رهنه

---

(١) البحر على الكنز ٢٦٧/٦. والتوى: تعذر تحصيل الدين بسبب لادخل للمحال فيه كإفلاس المحال عليه مثلا، وسيأتى تفصيله فى محله.

عند أبي يوسف ، لأن الحوالة بمثابة الإبراء . وليس له استرداده عند محمد ، لأن الحوالة بمثابة التأجيل إلى التوى .(١)

١١ — ومن الناس من ينكر نسبة هذا الخلاف إلى محمد(٢) . ولعل منهم المحقق الزيلعي نفسه فقد نقل ، على أثر ما أسلفناه عنه ، من « الزيادات لمحمد : أن السر في عدم بطلان حق البائع في حبس المبيع ، إذا أحاله المشتري بالثمن ، وفي عدم بطلان حق المرتهن في حبس الرهن ، إذا أحاله الراهن بالدين إنما هو بقاء حق المطالبة لكل منهما والمحال عليه نائب عن المحيل ، فمطالبته كمطالبة المحيل وإن كان المحيل قد برئت ذمته(٣) .

نعم هم ينقلون عن محمد أحيانا أحكاما قد توهم صحة نسبة الخلاف إليه في انتقال الدين فمن ذلك ، كما حكاه صاحب العناية على الهداية(٤) :

١ — أن المحال إذا أبرأ المحال عليه صح إبراؤه عنده ، ولا يرتد بالرد .

---

(١) الزيلعي على الكنز ١٧٢/٤ والأشباه والنظائر لابن نجيم ٤٤/٢ .

(٢) فتح القدير على الهداية ٤٤٦/٥ .

(٣) الزيلعي على الكنز ١٧٢/٤ أي إن حكم الإمام محمد ببقاء حق حبس الرهن أو حبس المبيع لا يستلزم اعتبار بقاء الدين في ذمة المحيل غير منقول ، لأن بقاء حق المحال في مطالبة المحال عليه كاف لتعليل بقاء حق الحبس المذكور مع الحوالة وقد يضاف إلى ذلك أن مجرد انتقال الدين بالحوالة لا يستلزم تخلي المحال عن ضمانات الوفاء من رهن أو حبس مبيع في نظر محمد .

ولكن لا يخفى أنه لا دلالة في كل هذا على نفي خلاف الإمام محمد في انتقال الدين بالحوالة وبراءة المحيل لأن محمدا ينقل في الزيادات نفسها آراء أبي حنيفة وأن الزيادات معدودة من الكتب الستة التي هي كتب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وليست سجلا لآراء محمد وخلافاته ، كما هو معروف لدى الحنفية .

(خبير الموسوعة)

(٤) العناية بهامش فتح القدير ٤٤٥/٥ .

ولو كان الدين قد انتقل إلى ذمته ، لارتد الإبراء برده ، لأنه يكون من قبيل تمليك الدين بمن عليه الدين ، والتمليك يرتد بالرد ، كإبراء المحيل قبل الحوالة ، وإبراء الأصيل فى الكفالة .

٢ — أن المحيل إذا أراد قضاء الدين بنفسه يجبر المحال على قبوله . ولو كان قد برىء لكان متبرعاً كالأجنبى والأجنبى .. إذا تبرع بقضاء دين لا يجبر صاحبه على قبوله .

فإن صح هذا النقل ، وصح تعليله ببقاء الدين فى ذمة المحيل ، فهما إذن قولان لمحمد . وإلا فسيأتى لنا — فى جواب الإيرادات على التعريف — إمكان تأويله بما ينفى خلافه .

— على أن الخلاف نفسه ثابت فى المذهب على أية حال .. والتكلف واضح فى تخريج مسائله كلها وفق وجهة نظر واحدة ، كما سترى . ولذا يقول صاحب البدائع (وهو من منكرى أن يكون الخلاف قديماً) : « واختلف مشايخنا المتأخرون فى كيفية النقل ، مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً للحوالة . قال بعضهم : إنها نقل المطالبة والدين جميعاً[1] ، وقال بعضهم : إنها نقل المطالبة فحسب ، فأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل » . ثم أخذ يستدل لكلا الرأيين(٢) . ونحن نرجىء هذا الاستدلال إلى موضعه فى آثار الحوالة وأحكامها . أما الآن فنتابع الكلام فى تعريف الحوالة :

إن التعريف السابق للحوالة لا يصلح على قول منكرى انتقال الدين فيها ، وإنما هى عندهم : « نقل المطالبة فحسب من ذمة إلى ذمة » .

---

(١) أخذ مرشد الحيران بهذا التعريف فى المادة / ٨٧٦ .

(٢) البدائع ٦/١٧ .

ولو أطلقنا المطالبة لصلح التعريف لكلا الفريقين ، لأن الأصل ، فى الحوالة مادامت قائمة ، أن المدين إذا أحال بدينه لايطالب به إجماعاً(١) .

على أن هنالك رأى زفر ، الذاهب إلى أن الحوالة لا تنقل ديناً ولا مطالبة وإنما تضم ذمة إلى ذمة فهى والكفالة سواء ، إذا كانت مطلقة فإن كانت مقيدة(٢) فكفالة ورهن . وعندئذ تعرف على رأى زفر بأنها : « ضم ذمة ، أو ذمة ورهن إلى ذمة أخرى » .

(رابعاً)

تعريف الحوالة عند غير الحنفية

— إن التعريف الذى ذكره الحنفية للحوالة يوجد فى كتب المذاهب الأخرى :

(أ) تارة كما هو — كما فعل ابن قاسم الغزى وأصحاب الحواشى عليه من الشافعية(٣) وصاحب البحر الزخار من الزيدية(٤) .

(ب) وتارة مع التصريح بلازمه وهو براءة الذمة الأولى ، احترازاً عن الضمان بناء على أن فيها أيضاً نقـلا للدين وإن كان المشهور خلافة كما فعل بعض المالكية(٥) . على أنه مع ذلك يبقى تعريفهم غير مانع عند من يرى

---

(١) فتح القدير على الهداية ٤٤٣/٥ والبحر على الكنز ٢٤٠/٦ . والبحر على الكنز جـ ٦ ص ٢٤٠

(٢) الحوالة المقيدة هى التى يلتزم فيها المحال عليه بأداء الدين من مال للمحيل عنده فإذا التزم أداءه بصورة مطلقة دون هذا القيد فهى حوالة مطلقة .

(٣) « نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » حاشية الباجورى على ابن قاسم ٣٩١/١ .

(٤) « نقل حق من ذمة إلى ذمة » البحر الزخار ٦٧/٥ .

(٥) « قال ابن الحاجب : نقل الدين إلى ذمة تبرأ بها الأولى وقال ابن عرفة : طرح الدين عن ذمة بمثله فى أخرى (حشية) التحفة على ابن سودة ٣٣/٢ .

الضمان(١) مبرئاً أيضاً للمضمون عنه ، كالظاهرية(٢) ، والإمامية(٣) ، وكثير من الإباضية(٤) .

(ج) وتارة مع شيء من التحوير ، كأن يعبروا بدلا من النقل بأثره وهو الانتقال ، وذلك أما مع إضافة « براءة الذمة الأولى » — كما فعل صاحب « مدارج الكمال » من الإباضية(٥) ، أو مع بديل عنها ، وهو أن يستعمل فى عقدها التعبير بلفظ الحوالة ، أو لفظ آخر بمعناها الخاص — كما فعل الحنابلة(٦) ،

---

(١) الضمان هو الكفالة عند الظاهرية والإباضية ، وتسمى أيضاً الحمالة والزعامة والقبالة . أما عند الإمامية فالضمان هو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ، وأقسامه ثلاثة : ضمان المال ، والحوالة ، والكفالة (وهى التعهد بالنفس) .

(٢) المحلى ١١٣/٨ : « الحق قد سقط جملة عن المضمون عنه ولا سبيل للمضمون له إليه أبداً وإنما حقه عند الضامن أنصفه أو لم ينصفه . . . وعن الحسن ومحمد بن سيرين قالا جميعا : الكفالة والحوالة سواء » .

(٣) المختصر النافع ١٤٢ ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية طبع جامعة النجف ١٤٥/٤ .

(٤) شرح النيل ٦٢٥/٤ : « الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة نقلا تبرأ به الأولى . . . وهذا التعريف غير مانع لشموله الحمالة . . . وقيل : طرح الدين عن ذمة بمثله فى أخرى . . . »

(٥) مدارج الكمال ١١٤ :

أما انتقال المال من ذى الذمة
لذمة أخـــرى مع التبرية
حوالة . . . .

(٦) منتهى الإرادات ٤١٦/١ : « انتقال مال من ذمة إلى ذمة بلفظها أو معناها الخاص » .

وإما بدون أية إضافة — كما فعل بعض الشافعية(١) .

ولعل التعبير بالانتقال أحسن وأدق من التعبير بالنقل ، لأن الانتقال هو الذى يبقى وتتوارد عليه الأحكام من فسخ وانفساخ وما إليهما(٢) .

وقد يستعمل بعضهم فى تعريف الحوالة لفظ « التحويل » نفسه (على ما فيه من الدور المفسد للتعريف)(٣) ، كما فعل بعض الإمامية ، إلا أنه أضاف إضافة تجارى من ينكرون الحوالة المطلقة فيشترطون فيها مديونية المحال عليه بدين الحوالة ، فالحوالة عندهم مقيدة أبدا ، ونص عبارته : « تحويل المال من ذمة إلى

---

(١) مغنى المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ : « عقد يقتضى نقل دين من ذمة ، إلى ذمة ويطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى ، والأول هو غالب استعمال الفقهاء » .

(٢) نهاية المحتاج على المنهاج ٤٠٨/٤ .

(٣) الدور : هو توقف معرفة كل من أحد الشيئين على الآخر (كليات أبى البقاء ، وتعريفات الجرجانى) وهو طريقة فاسدة فى التعريفات الفنية الكاشفة عن ماهيات الأشياء وحقائقها .

ويقع الدور إذا أدخل فى التعريف لفظ الشىء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته كما لو قيل فى تعريف العلم : هو إدراك المعلومات . أو قيل فى تعريف المدرسة : هى المكان الذى تدرس فيه العلوم ، أو قيل فى تعريف البيت ، هو الذى خصص للمبيت فيه . ففى هذه التعريفات لا تمكن معرفة معنى العلم والمدرسة والبيت إلا من بعد فهم تعريفاتها ، وفى الوقت نفسه لا يمكن فهم تعاريفها إلا إذا كانت هذه المعروفات نفسها معروفة ، وهذا معنى الدور ، لأن القارىء المتعلم يدور منها فى حلقة مفرغة .

وفى تعريف الحوالة المنقول عن بعض الشيعة الامامية هنا قد استعمل لفظ (التحويل) وهو والحوالة صيغتان من مادة واحدة ، فيقع الدور . (خبير الموسوعة) .

ذمة مشغولة بمثله ، أى لصاحب الذمة الأولى(١)، وإن كان هذا التقييد خلاف الراجح عندهم (٢) .

ـــ ثم إن هذا النقل أو الانتقال أمر حكمى لاحسى ، ويترتب على سبب شرعى هو عقد الحوالة نفسه . فالتعريف الحقيقى إنما يكون بالعقد . ولذا عبر كثيرون بهذه العبارة : « عقد يقتضى (نقل أو انتقال) دين من ذمة إلى ذمة »(٣)، أو بهذه العبارة : « عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى »(٤) .

على أن هناك من ينازع فى أن الحوالة عقد ، أو يرى أنها تتم بالإرادة المنفردة . يقول ابن رجب الحنبلى فى قواعده : « إن قلنا نقلا لم يعتبر لها (أى للحوالة) قبول »(٥) . ويقول المؤيد بالله من الزيدية : « ولا يعتبر المجلس فى قبول الحوالة إذ ليست عقداً »(٦) .

---

(١) فقه الإمام جعفر ٤ / ٦٥ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية طبع دار الكتاب العربى بمصر ١ / ٣٦٦ .

(٢) الروضة البهية ١ / ٣٦٦ : « الحوالة وهى التعهد بالمال من المشغول بمثله . وإلا فالأقوى جوازها على البرىء للأصل . . . » .

(٣) مغنى المحتاج على المنهاج ٢ / ١٩٣ .

(٤) فقه الإمام جعفر ٤ / ٦٥ .

(٥) القواعد لابن رجب ٣٢ — ٣٣ : « الحوالة هل هى نقل للحق أو تقبيض ؟ فإن قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول ، وإن كانت تقبيضاً فلا بد من القبض بالقول وهو قبولها فيجبر المحتال عليه » .

(٦) البحر الزخار ٥ / ٦٩ .

— كما أن النقل نفسه ، أو الانتقال ، لا يتصور إلا بكثير من التكلف(١) كتقدير أن المحال استوفى دينه من مدينه ثم أقرضه المحال عليه . ولذا نجد الذين يعتبرون الحوالة عقد بيع للدين ولا يقبلون الحوالة المطلقة (بل يشترطون لصحتها كون المحال عليه مدينا للمحيل) يصرحون بأن ليس لنقل الدين من معنى سوى أن مثل الدين أو نظيره يثبت للمحال فى ذمة المحال عليه(٢) ، ولم يبالوا بأن هذا المثل ، أو النظير ، لم يكن قط فى ذمة المحيل حتى يتحقق فيه معنى النقل أو الانتقال ثقة منهم بأن حقيقة الحوالة هى الاستخلاف على الدين ، وهو ثابت فى مكانه لم يبرحه .

وهذه هى أحدث نظريات القانون المدنى الوضعى فى معنى الحوالة(٣) ، فكم لفقهائنا من سبق بعيد ! حتى لقد اختصر بعضهم الطريق وآثر أن يتفادى التعبير بالنقل — كما فعل ابن عرفه من المالكية — إذ عرف الحوالة بأنها « طرح الدين عن ذمة بمثله فى أخرى أى بالتزام مثله فى ذمة أخرى ، ذلك أن ما كان فى الذمة الأولى يسقط بمجرد الحوالة وتبرأ منه تلك الذمة ، والذى يخلفه فى الذمة الأخرى ليس إلا مثلا له أو نظيراً .

والتعريف بهذه الصورة مانع لا ينتظم المقاصة إذ ليس فيها قيام الدين بالذمة

---

(١) لا تكلف لأن النقل حكمى اعتبارى ، وآثار العقود كلها اعتبارية كنقل الملكية بالبيع ، والمنافع بالإجازة ، ومصدرها الإرادة والتراضي بين ذوى الحقوق فكما تسقط الإرادة الحق أو تعد له بلا تكلف كذلك تنقله حكماً ، وهذا التقدير بالاستيفاء ثم الإقراض هو المتكلف . (خبير الموسوعة) .

(٢) حاشية البجيرمى على المنهج ٣ / ١٩ وحاشية الباجورى على ابن قاسم ١ / ٣٩١ .

(٣) الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ٣/٤١٩ .

الأخرى(١) ، ثم هو متفق مع ما عليه أكثر المالكية من أن الحوالة بيع دين بدين(٢) . وربما خيل للناظر أنه مبنى على أن الحوالة إسقاط بعوض . وسيجىء الفصل فى هذا النزاع وما يجرى مجراه (ر : ف / ٤٦ ومابعدها)(٣) .

ومن مظاهر نظرية الاستخلاف هذه فى الفقه المالكى (٤) قولهم : « يتنزل المحال من المحال عليه منزلة المحيل منه (أى من المحال عليه) ومنزلته هو (أى المحال) من المحيل » أى إنه لا يجوز للمحال فى الدين الذى فى المحل الثانى ، إلا ما كان يجوز للمحيل فيه وما كان يجوز له هو فى دينه على المحيل .. فمثلا : إذا احتال بطعام (أى قمح) من قرض على طعام من سلم ، أو بالعكس ، لم يجز له أن يبيع دين الحوالة من غير المحال عليه قبل قبضه ، لأنه بالنسبة للمحيل يكون بيع طعام معاوضة قبل قبضه — إن كان طعام سلم (أى إن كان دين المحيل عند المحال عليه قمحاً اشتراه منه المحيل بعقد سلم) فإن كان طعام قرض ودين المحال على المحيل طعام سلم ، كان ممتنعاً على المحال بيعه قبل قبضه ، فكذا ماناب منابه(٥).

---

(١) حاشية التحفة على ابن سودة ٢ / ٣٣ .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣ ٣٢٥ وبلغة السالك على أقرب المسالك ٢ / ١٥٣ .

(٣) إن رأى المالكية فى تعريف الحوالة ، كغيرهم ، قائم على أساس الحوالة المقيدة وعدم جواز الحوالة المطلقة التى ليس فيها مجال لتصوير الحوالة فى صورة بيع دين بدين إذ قد لا يكون فى المطلقة دين للمحيل على المحال عليه ليمكن حينئذ تفسيرها بأنها بيع ، فالمذاهب التى تلحق الحوالة بالبيع تضيق من دائرتها بخلاف من لا يلحقها هذا الإلحاق فإنه يوسع دائرتها بحيث تشمل صوراً لا يمكن تفسيرها بالبيع .. هذا ويلاحظ أن ما بين القوسين (ر : ف ٤٦ ومابعدها) تفيد ما يلى : أنظر الفقرة ٤٦ من بحث الموسوعة (وما بعدها) (خبير الموسوعة)

(٤) على مافيه من بعض التخريج المذهبى الذى لا يسنده دليل .

(٥) بداية المجتهد ٢ / ٣٠٠ .

تلك البراءة المترتبة على الحوالة ، والتى يقول بها الحنفية عـــدا زفر ، ويقولون إنها براءة مؤقتة مشروطة بعدم التوى .. هى عند جماهير أهـــل الفقه نهائية (١) .

(خامسا)

تحليل تعريف الحـــوالة

الحوالة نقل للدين من ذمــــة إلى ذمة . وهذا النقل حكمى أى اعتبارى لا حسى :

فلكونه نقلا تخرج عنه الكفالة لأنها ضم ذمة إلى ذمة ، لا نقل من هذه إلى تلك .

ولكونه نقلا حكمياً اختص بالدين أضيف إليه .. إذ العين حسية لا يتصور فيها إلا النقل الحسى ، ولا يمكن اعتبارها فى محل ليست فيه لأن الحس يكذبه .

---

(١) مغنى المحتاج على المنهاج ٢ / ١٩٥ والمغنى لابن قدامة ٥ / ٥٨ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ / ٣٦٦ .

إنهاء الحوالة

مقوماتها وشرائطها

عرض مقومات الحوالة إجمالا

مقومات الحوالة خمسة عليها مدارها وهي :

١ ــ ركن الحوالة ، وصيغتها .

٢ ــ المحيـــــل .

٣ ــ المحال .

٤ ــ المحال عليه .

٥ ــ المحال به .

وقد سبق تعريف الأربعة الأخيرة وسيأتي تعريف الركن والصيغة .

وقد يمكن بشيء من التسامح أن نجعل هذه المقومات الخمسة هي أركان الحوالة ، كما يفعل بعض أهل الفقه ، نظراً إلى أن الحوالة بدونها لاتتصور . لكن الحنفية لا يرون تجاوز الحقيقة المقررة من أن الركن جزء الماهية ، ولذا لايجعلون للحوالة إلا ركنين اثنين فحسب : هما الإيجاب والقبول[1] ، إذ إن صيغة عقدها لا تتكون إلا منهما على الصحيح .

وقد يجعل قبول المحيل في مجلس العقد ركنا ثالثاً ، بناء على أنه لابد منه[2] .

---

(١) البدائع ١٥/٦ والبحر على الكنز ٢٦٨/٦

(٢) بدائع الصنائع ١٦/٦

وجميع من قدمنا أنهم ينكرون الحوالة المطلقة يثبتون مقوماً سادساً يضاف إلى المقومات الخمسة التى ذكرها الحنفية . وهذا المقوم هودين للمحيل على المحال عليه(١) لكن هذا يمكن إدماجه مع المقوم الخامس ، واعتبارهما معاً شيئاً واحداً هو محل الحوالة . فلا تحقق الحوالة عند هؤلاء دون اجتماعهما لأنهما العوضان اللذان يقع بالحوالة التعاقد على تبادلهما .

والمحيل دائماً طرف فى العقد ، عند أولئك الذين لايثبتون الحوالة المطلقة ، لأن له إيفاء الحق من حيث شاء فلا تلزمه جهة معينة بدون رضاه قال ابن قدامة فى المغنى : « ولا خلاف فى هذا(٢) والحنفية أنفسهم لا ينازعون فى وجوب رضا المحيل إذا كانت الحوالة مقيدة على التحقيق . أما الحوالة المقيدة إذا لم يتوافر فيها رضا المحيل فليست عندئذ من الحوالة المقيدة إلا صورة فحسب ، فهى فى الواقع حوالة مطلقة ، كما يستفاد من فحوى كلام صاحب العناية شرح الهداية (٣) .

---

(١) خرشى على خليل ٢٣٣/٤ ومغنى المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ والمغنى ٥٥/٥ والفروع ٦٢٧/٢ والمحلى ١٠٨/٨ وبلغة السالك على أقرب المسالك ١٥٣/٢ . ولا يجهل هؤلاء الفقهاء أن المحسوسات لاتكون من أجزاء المعانى المجردة ، ولكنها طريقة من طرق التعليم ، يراد بها التقريب على الطلاب وحصر مباحث الموضوع فى فى أطراف معينة ، تجوزوا فى تسميتها أركاناً لشبهها بالأركان من حيث عدم الاستغناء عنها .

(٢) المغنى لابن قدامة ٥٨/٥ ومغنى المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٦/٢ .

(٣) العناية — بهامش فتح القدير — على الهداية ٤٤٥/٥ وقد خطأ الكمال بن الهمام من الحنفية قول ابن قدامة الآنف الذكر : إن رضا المحيل لاخلاف فيه . والذى نراه أنه لامحل لهذه التخطئة لأن كلام ابن قدامة فى الحوالة المقيدة وهو ممن لايقولون بصحة الحوالة المطلقة التى يقول بها الحنفية ويستغنون فيها عن رضا المحيل ، ولا يجعلون رضاه لازماً إلا لأجل الرجوع عليه كما يستفاد من العناية فى المحل الآنف الذكر . (ر : فتح القدير ٤٤٥/٥) .

والمحال عليه أجنبي على الأصح عن عقد الحوالة عند الأكثرين من منكرى الحوالة المطلقة (أى باستثناء الإباضية والإمامية) (ر : ف/٦٠) ، وإن كان لابد من وجوده ، إذ ليست تصح حوالة دائن لنفسه على نفسه : ومن ذلك فى لمعنى : ما لو أحيل الدائن على آخر ، ثم تبين أن هذا الآخر رقيقه ، فإنها حوالة باطلة ، كما نص عليه الشافعية(١) .

أما الاحتيال لغيره على نفسه — كما إذا كان ولياً لهذا الغير بسبب ما — فلا مانع منه ولكنهم يتحرجون فقهاً أن تأخذ الصيغة حينئذ صورة حوالة الغير على النفس : فمثلا : إذا خالع الولى — على عوض يلتزم فى ذمته — زوج موليته ، وللزوجة على زوجها مؤخر صداقها أو أى دين آخر ، فأراد الزوج أن يحيلها بدينها على ما له فى ذمة وليها من عوض الخلع — فانه لا يصح أن يقول : « أحلت ابنتك بكذا على مالى فى ذمتك » ، بل يقول : « أحلتك لابنتك على ذمتك بما وجب لها على » نص عليه الشافعية أيضاً(٢) ، وقالوا : هذه تصلح حيلة لولى السفيهة إذا أراد اختلاعها على مؤخر صداقها حيث منعناه من ذلك لما فيه من التفويت عليها فيستطيع أن يلجأ إلى هذه الطريقة نفسها فى مخالعة القاصرة تحت ولايته ، وسيجىء عن الحنفية مثل هذه الحيلة (ر : ف/١٣٧) .

وإذا كان المحال عليه أجنبياً عن عقد الحوالة فى الحوالة المقيدة عند غير الحنفيه فان اشتراكه فى عقدها — إن اتفق — عبث لا ثمرة له . بل يضر اشتراكه فيه ، كما لو اشترط عليه فى العقد شروط غير جائزة على أساس الاعتقاد بصحتها ، هكذا قرره الشافعية(٣) .

هذا إذا توافر لعقد الحوالة طرفاه من المحيل والمحال . أما إذا وقع العقد أصالة

---

(١) البجيرمى على المنهج ٣ / ٢٣ وخرشى على خليل ٤ / ٢٣٥ والفروع ٢ / ٦٢٦ والبحر الزخار ٥/٦٧ .

(٢) النهاية على المنهاج ٤ / ٤٠٩ .

(٣) نهاية المحتاج على المنهاج ٥/٤١٣ .

بين المحال عليه وواحد منهما فحسب ، فمقتضى قواعدهم أنه عقد ضمان ، وليس من الحوالة فى شىء ، إلا أنه يجيزه الطرف الآخر عند من يجعل تصرفات الفضولى غير باطلة بل منعقدة موقوفة على إجازة من يملكها كالحنفيه ، وليس منهم الشافعية فى الجديد ولا الظاهرية ، ولا الحنابلة فى معتمدهم(١) .

نعم إن من لا يعتمد لانعقاد الحوالة سوى رضا المحيل — كالحنابلة والظاهرية يراها حوالة صحيحة تلك التى تجرى بين المحيل والمحال عليه ثم يجبر المحال على قبولها . أو — كما يقول بعض الحنابلة - تكون فى غنية عن القبول رأساً . ويتحول حقه بمجرد الإيجاب(٢) .

وبذا تتضح نظرة غير الحنفية إلى الصور الثلاث التى يذكرها الحنفية لصيغة عقد الحوالة أى جريانها .

١ — بين المحال والمحال عليه .

٢ — أو بين المحيل والمحال .

٣ — أو بين المحيل والمحال عليه .

وعند الحنابلة خلاف فى أن براءة المحيل تتحقق بمجرد الإحالة ، باعتبار أنها نقل للحق فلا حاجة فيها إلى قبول المحال أو لا تتحقق البراءة فيها إلا برضا المحال لأنها تقبيض فلابد فيها من القبض بالقول وهو قبول المحال . فان امتنع جبره الحاكم عليه ، لأن احتياله على ملىء هو واجب عليه بنص الحديث(٣) والأمثلة التى درجوا على ذكرها كلها خلو من القبول ، وقد يشعر ذلك باعتمادهم القول بعدم اشتراطه ، ولا سيما أنهم يؤثرون تعريف الحوالة بانتقال الحق من ذمة إلى ذمة .

ومن أمثلتهم على ذلك(٤) .

— أحلتك بدينك (أو اتبعتك دينك) على فلان .

— اقبض دينى على فلان لنفسك .

— خذ من فلان دينك ، اطلب دينك من فلان(٥) .

---

(١) مغنى المحتاج على المنهاج ١٥/٢ والمحلى ٤٣٤/٨ والفروع ٤٦/٢ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٦٠/٥ والفروع ٦٢٦/٢ والمحلى ١٠٨/٨و١١٠

(٣) القواعد لابن رجب ص/٣٢ تحت القاعدة ٢٣

(٤) مطالب أولى النهى شرح المنتهى ٤٢٤/٣ .

(٥) كشف المخدرات ٢٥٤ وغاية المنتهى ١١٤/٢ والإنصاف ١١٥/٥ .

شبهات حول الحوالة فى الشريعة الإسلامية والرد عليها

أشرنا فى اللمحة التاريخية فى أول هذا الموضوع إلى سبق الشريعة الإسلامية فى تنظيم الحوالة ؛ وإلى ما قرره المستشرقون من فضل الشريعة الإسلامية على أوربا فى معرفة هذا النوع من المعاملات ونقله عنها .

ومن المؤسف حقاً أن تثار الشبهات حول الحوالة فى الشريعة الإسلامية ، لا من المستشرقين كما قد يتبادر إلى الذهن ، وإنما من بعض القانونيين المسلمين المعاصرين ، الذين كانوا — لمعرفتهم باللغة العربية وقدرتهم على فهم كتب الفقه — أقدر على فهم وتقدير ما فى الشريعة من كنوز فقهية وإبرازها والدفاع عنها .

وقد خصصنا هذا البحث لعرض هذه الشبهات ومناقشتها ؛ وهى تدور حول أمور ؛ منها زعم أن الفقه الإسلامى لا يسلم بحوالة الدين ولا بحوالة الحق ، وأن الحوالة المعروفة فى الشريعة الإسلامية ليست حوالة بالمعنى الدقيق . . إلى غير ذلك.

وقد بدأ اللغط حول الحوالة فى الشريعة الإسلامية منذ صدور القانون المدنى المصرى القديم (الأهلى والمختلط) عندما حاول الشراح بيان أصل ما ورد به من أحكام الحوالة ، وكتب فى ذلك الأساتذة محمد كامل مرسى[1] وعبد الرزاق السنهورى[2] وشفيق شحاته[3] والشيخ أحمد إبراهيم[4] وغيرهم .

واستمر البحث فى هذا الموضوع حتى يومنا هذا مع مزيد من التوسع والتعمق ، ولم يؤد إلى حسم النقاش أو بيان وجه الحق فيه ؛ بل إن رسالة الدكتور عبد الودود يحيى وموضوعها : حوالة الدين (دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانونين

---

(١) المجموعة المدنية طبعة — ١٩٤٠/م . صفحة ١٦٨ .

(٢) موجز الالتزامات صفحة ٥٢٨ ، ومقالة « وجوب تنقيح القانون المدنى » صفحة ١٢٢ .

(٣) رسالة الدكتوراه صفحة ١١٦ .

(٤) مذكرة مبتدأة فى بيان الالتزامات طبع ١٩٤٥ . صفحة ٢١٨ — ٢٢٥ .

الألمانى والمصرى)(١) لم تتعرض لمناقشة هذه الشبهات من قريب أو بعيد رغم تخصيصها خمسين صفحة لدراسة الحوالة فى الشريعة الإسلامية .

وسنكتفى هنا بعرض بعض ما كتب مؤخرا لتوضيح وجهات النظر المتباينة فى هذا الموضوع :

كتب بعض القانونيين يقرر أن الشريعة الإسلامية عرفت حوالة الدين ولم تعرف حوالة الحق . وتابع بعضهم بعضاً فى هذا ومن ذلك ما كتبه الدكتور حسن الذنون إذ يقول : « والشريعة الاسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأى معظم الفقهاء »(٢) .

ومن ذلك أيضاً ما كتبه الدكتور صبحى المحمصانى فى قوله: « اختلف الفقهاء حول حوالة الحق ، بعضهم (ومنهم مالك) أجازوها ، ولم يجزها آخرون .. ومنهم الشافعى وأحمد . أما الحنفية فلم يجيزوها من حيث المبدأ ولكنهم أجازوها فى حالات استثنائية على أساس الافتراض القانونى ، أما حوالة الدين فأجازها الجميع »(٣).

لكن الدكتور عبد الرزاق السنهورى لم يوافق على هذا الرأى القائل بأن الشريعة عرفت حوالة الدين ولم تعرف حوالة الحق ، بل ذهب إلى أن الشريعة لم تعرف الحوالة مطلقاً لا فى الحق ولا فى الدين(٤) .

وقد ألح الدكتور السنهورى على نفى وجود حوالة دين فى الفقه الإسلامى ، بينما كل الذين حاولوا قبله من الباحثين المعاصرين (كالشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله ، والدكتور شفيق شحاته ، والدكتور الذنون) أن ينفوا وجود بعض صور من الحوالة فى الفقه الإسلامى إنما حصروا نفيهم فى حوالة الحق فى المذهب الحنفى ؛ ولم يتصور أحد منهم أن ينفى وجود حوالة الدين فيه لأن من المسلمات البديهية

---

(١) طبعة ١٩٦٠ م . صفحة ١٠١ — ١٥٠ .
(٢) أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى (٢٠٧).
(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ٢٠١ .
(٤) الوسيط للسنهورى ٣/٤٢١ — ٤٢٢ .

أنّ حوالة الدين هى الصورة البارزة الأصلية للحوالة التى عرفت فى صدر الإسلام، بأمر الرسول عليه الصلاة والسلام، ومارستها المجتمعات الإسلامية الأولى فعلا فى معاملاتها، وعالجها فقهاء الإسلام من أئمة المذاهب وأتباعهم بالتفصيل.

وتفسير هذا التصور الغريب جداً من الأستاذ السنهورى أن من سبقوه بفكرة النفى المذكور نظروا إلى واقع مسائل الحوالة فى فقة المذاهب فكانت صورة حوالة الدين واضحة جداً أمام أعينهم وصورة حوالة الحق مستترة خلف حوالة الدين فلم يتنبهوا لها، لأنهم تلمسوا فى الحوالة معنى البيع من كل وجه فلم يجدوه فى المذهب الحنفى.

أما الأستاذ السنهورى فإنه لم ينظر فى صور الحوالة التى وجدوها فى نصوص الفقهاء إلا بمنظار التطور التاريخى من زاوية التشريع الوضعى فى القانون الرومانى وما بنى على أساسه فى أوربا، كما تطلب أن يجد فى الحوالة وأحكامها فى فقه المذاهب ملامح الصورة القانونية الحديثة التى يعرفها. فإذا اختلف النظر الفقهى فى بعض الجزئيات عن النظر القانونى الحديث حكم بأن الحوالة غير موجودة فى الفقه الإسلامى.. نظير من يحكم بأن الفقه الإسلامى لم يعرف شركة العقد إذا رأى أن أحكام الشركات الفقهية لا تتفق تمام الاتفاق مع أحكام الشركات فى القانونين المدنى والتجارى، ولا يخفى ما فى هذا النظر من بعد عن الصواب.

وقد بينا فيما سبق وجه الشبهة عند من ينكرون حوالة الحق فى الفقه الإسلامى ونكتفى بما ذكرناه هناك.

أما ما أورده الدكتور السنهورى من إنكار حوالة الدين فى الفقه الإسلامى فنتناوله بالمناقشة التفصيلية فيما يلى:

(أولا)

أول ما يلفت النظر فيما كتبه الدكتور السنهورى عن الحوالة فى الشريعة الإسلامية أنه قد جعل المصطلحات القانونية المعاصرة ميزاناً للحكم على الفقه الإسلامى!

لحوالة الحق بمفهومها القانونى الحاضر — وحوالة الدين — بمفهومها القانونى الحاضر — وتجديد الدين - والإنابة فى الوفاء - والكفالة (المحورة أو المحضة) والخلافه الخاصة والعامة . . . إلى آخر هذه المصطلحات بمفهومها القانونى الحديث ؛ بل فى القانون المدنى المصرى الجديد بالذات ، أراد الدكتور السنهورى أن يصنف ، تبعاً لها ، آراء المذاهب فى الفقه الإسلامى ، فإذا لم يطابق رأيهم هذه المصطلحات الحديثة بجميع شرائطها وآثارها — وهذا ما لا يمكن تحققه بحال — اعتبر أن حوالة الدين ، فضلا عن حوالة الحق ، لم يعرفها أى من المذاهب الفقهية الإسلامية ، وإنما الذى عرفوه هو فى نظره كفالة محورة أو ما أشبه ذلك (كما سنرى فى كلامه) .

وهذا — من الدكتور السنهورى — منطق غريب ؛ أن يجعل شريعة ما حكماً على شريعة أخرى ، إذ أن لكل شريعة منهجها فى تحقيق المصالح التى تهدف إلى تحقيقها من طريق الأحكام ،

ولو أن الدكتور السنهورى اكتفى بإجراء مقارنات فى الأحكام بين أحد مذاهب الفقه الإسلامى — أو بين الفقه بمجموع مذاهبه — وبين القانون المصرى أو غيره من القوانين ، لكان نهجاً طبيعياً لا مجال لانتقاده . . .

وقد أورد الأستاذ السنهورى كثيراً من نصوص المذاهب الفقهية المختلفة مستدلا بها على رأيه .. ولا نجد بعد ما تقدم ذكره حاجة لمناقشته فيها ، لأن منهجه فى الاستدلال بها واحد ، وهو بيان مخالفة أحكام الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة لأحكام الحوالة فى القانون المصرى ، وهذا عنده كاف للحكم بعدم وجود حوالة مطلقاً فى الفقه الإسلامى ، فنكتفى بإيراد آرائه الغريبة التى انتهى إليها وهى تتجلى فى أقواله التالية :

١ — الحوالة المقيدة أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق »(١) .

٢ — « يمكن فى الحوالة المطلقة أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على

---

(١) الوسيط ٤٢١/٣ و ٤٢٨ — ٤٢٣ .

الأجنبي وهذه هي حوالة الدين بالمعنى الدقيق ، ولا يسلم بها الفقه الإسلامي خلافاً لما يقال عادة .. وهي (عنده) أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديداً للدين ، من أن تكون حوالة دين » (١)

٣ — « ويمكن كذلك في الحوالة المطلقة أن تصور أن الدائن هو الذي يريد أن يحيل حقه للأجنبي وهذه هي حولة الحق بالمعنى الدقيق ، وحوالة الحق أيضاً لايسلم بها الفقه الإسلامي بوجه عام خلافا لما يقـــال عادة .. ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لايسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها في حدود معينة »(٢) .

٤ — « حوالة الدين هي المعنية بلفظ الحوالة في الفقه الإسلامي . . فإذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها ، ثم حوالة الحق ، ولا يعرف الفقه الإسلامي هذا التعبير ، ويسمى حوالة الحق : بيع الدين ، أو هبة الدين » (٣).

٥ — « والذى يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين (أى في الفقه الإسلامي) هي إما تجديد ، أو كفالة محورة ، أو كفالة محضة في الفقه الحنفي ، وهي تجديد للدين بتغير المدين ، وبتغيير الدائن في المذاهب الأخرى » (٤) .

٦ — « ولا يكاد يسلم (الفقه الإسلامي) بانتقال الحق فيما بين الأحياء

---

(١) الوسيط ٣ / ٤٢١ .

(٢) الوسيط ٣/٤٢١ .. وذلك في نظره لأن المذاهب الفقهية تشترط في الحوالة مديونية المحيل للمحال بينما القانون لايشترط ذلك .

(٣) الوسيط ٣ / ٤٢٢ .

(٤) الوسيط ٣ / ٤٣٧ حاشية .

إلا عن طريق الحيلة فى المذهب الحنفى (١) ، وإلا فى كثير فى التردد فى مذهب مالك » (٢) .

(ثانيا)

بنى الدكتور السنهورى رأيه فى الحوالة الشرعية على منطلق خاطىء هو أن الشريعة الإسلامية تحكمها قوانين التطور الاجتماعى كما هو الشأن فى القوانين الوضعية الأخرى ، فقد وجد أن القانون فى تاريخه الطويل منذ الرومان حتى عهدنا الحاضر قد تطور من عدم الاعتراف بالحوالة ، والتحايل عليها بالتجديد والإنابة ، إلى معرفة حوالة الحق ثم معرفة حوالة الدين . . وأراد أن يطبق هذه الظاهرة على الشريعة الإسلامية فاستعصت عليه ، فلجأ إلى البحث فى تفاصيل الآراء المذهبية وتحليلها توصلا إلى هذه النتيجة التى أرادها .

ولتفصيل ذلك نورد نص ما كتبه الدكتور السنهورى . . . فقد كتب يقول :

ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق ، وإلا كان هذا بدعاً فى تطور القانون فمن غير الطبيعى أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق كما أنه من غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . فالفقه الاسلامى كان فى تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية : لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده . ولا بين الأحياء إلا فى صورة من صور الكفالة أو التجديد.. وعرف حوالة الحق ، بسبب الموت ، حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التى للتركة تنتقل إلى الورثة وبين الأحياء بقيود معينة وفى مذهب واحد هو المذهب المالكى » (٣) .

---

(١) الحيلة التى أشار إليها هى الإقرار بالحق لمن يراد نقله إليه ، أو هبته إليه مع توكيله بقبضه ، فيقبضه أولا بحكم الوكالة ثم يتملكه بحكم الهبة .

(٢) الوسيط ٤٣٧/٣ حاشية

(٣) الوسيط ٤٢١/٣ — ٤٢٢ .

ويعود إلى تأكيد ذلك فى نهاية بحثه عن الحوالة فى الشريعة الإسلامية، إذ يقول:

« ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامى لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى فى أى مذهب من مذاهبه .. وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة فى أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك دون المذاهب الأخرى .. فلم يكن الفقه الإسلامى إذن بدعاً فى تطوره كما قدمنا ، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق ، بل هو قد سار على السنن المألوفة فى التطور ، إذ بدأ بإقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن فى مذهب واحد من مذاهبه .. ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء فى المذاهب الأخرى ولم يقر حوالة الدين أصلا بسبب الموت ولا بين الأحياء » (١) .

ثم يكرر هذا التأكيد نفسه فى حاشية الصفحة ٤٢٧ ذاتها فيقول :

« فلم يسلم الفقه الإسلامى أصلا بانتقال الدين ، لافيما بين الأحياء ولا بسبب الموت ، لاعن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة ، وإنما سلم بانتقال الحق بسبب الموت ، عن طريق الخلافة العامة فى الميراث ، وعن طريق الخلافة الخاصة فى الوصية بالدين . . ولا يكاد يسلم بانتقال الحق فيما بين الأحياء إلا عن طريق الحيلة فى المذهب الحنفى ، وإلا فى كثير من التردد فى مذهب مالك .. ولا عجب فى ذلك ، فهذا هو السير الطبيعى فى تطور الحالة . أما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت ، فيبدو أن ذلك قد قام على فكرة الخلافة : خلافة الوارث للمورث وخلافة الموصى له للموصى.. وهى خلافة لا تتحقق عنده إلا بالموت ، فيختفى شخص السلف ويحل محله شخص الخلف » .

هذا هو رأى الاستاذ السنهورى وبناؤه على التطور الطبيعى فى القانون الوضعى.. وجدير بنا هنا ، بل من الضرورى الواجب ، أن نؤكد أن المنطلق الذى بدأ منه الدكتور السنهورى منطلق خاطىء من عدة نواح نوضحها فيما يلى :

الناحية الأولى : إن القوانين التى تحكم العلوم الكونية كالفيزياء والكيمياء هى

---

(١) الوسيط ٣/٤٣٦ — ٤٣٧ .

قوانين منضبطة ، بخلاف القوانين التى تحكم العلوم الاجتماعية فهى قوانين نسبية تبنى على الأعم الأغلب ، وتقبل لذلك الاستثناء .. وليس هنا مجال تفصيل ذلك ، وهو شىء معروف .

الناحية الثانية : إن الأسلوب العلمى فى دراسة القوانين العلمية أو الاجتماعية يبدأ باستقراء الجزئيات لينتهى باستنباط القانون أو القاعدة العامة . أما استنباط قاعدة أو قانون من حالة أو حالات جزئية محدودة ، ثم فرضها على حالات أخرى فمخالف الأسلوب العلمى .

كان الواجب يقتضى وضع الشريعة الإسلامية وفقهها فى مكانهما التاريخى من فقه الرومان وفقه أوروبا فى القرنين التاسع عشر والعشرين قبل استنباط القاعدة العامة فى تطور القوانين ، إن كان هناك قاعدة عامة .

أما أن نستنبط قاعدة التطور من تاريخ القانون الرومانى والقوانين الأوروبية المأخوذة عنه ، ثم نحاول تطبيقها على الشريعة الإسلامية فخطأ فى المنهج العلمى للاستقراء والاستنباط والتطبيق .

الناحية الثالثة : إن أحكام الحوالة فى الفقه الإسلامى ليست اجتهاداً فقهيا نابعاً من الحاجة والمصلحة الزمنية المتطورة بقدر ما هى تطبيق لنصوص آمرة فى الشريعة الإسلامية هى التى ضبطت هذه الأحكام فى تطورها كالحديث النبوى الشريف القائل: « مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » ، وقواعد منع بيع الدين من غير من هو عليه ، ومنع البيوع الربوية ، وغير ذلك كما هو واضح من مناقشات الفقهاء فى أحكام الحوالة الفرعية مما سبق ذكره فى مواضعه من الموضوع وإن ارتباط هذه النصوص والقواعد الشرعية بالأصل السماوى للشريعة يمنع من إخضاعها لسنة التطور إلى التشريع الوضعى ، لأنها نزلت من عند الله ولم تنبع من حاجة الناس .

والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها قواعد الإثبات بالكتابة ، وإثبات الدين التجارى، وتحريم الامتناع عن تحمل الشهادات .. (١)

---

(١) انظر تفصيل ذلك فى التشريع الجنائى الإسلامى لعبد القادر عودة ١ / ١٣-٦٣ .

وفى ذلك يقول الأستاذ الشهيد عبد القادر عودة رحمه الله : « وجه الخطأ فى قياس الشريعة بالقانون أنهم سووا بين القوانين الوضعية التى وضعها البشر وبين الشريعة الإسلامية التى تكفل بوضعها خالق البشر .. فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء ، والناس برب الناس ، فكيف يستوى فى عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه ، وأرضه بسمائه ؟ وجه الخطأ فى هذا القياس أنهم سووا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان فى طبيعتهما جد الاختلاف . . . . والقاعدة أن القياس يقتضى مساواة المقيس بالمقيس عليه ، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس ، أو كان القياس باطلا » .

وبعد أن أوضح رحمه الله نشأة القانون الوضعى وتطوره والمراحل التى مربها حتى وصل إلى شكله الحالى فى تطور بطىء استمر آلاف السنين .. كتب عن نشأة الشريعة ما يلى :

إن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر فى هذا الطريق..لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادىء متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها ، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة جامعة مانعة لاترى فيها عوجاً ، ولاتشهد فيها نقصاً . . . ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التى وصل إليها أخيراً القانون الوضعى مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه أخيراً القانون الوضعى ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن يتحقق من المبادىء هو موجود فى الشريعة من يوم نزولها . » (١) .

الناحية الرابعة : ذهب الدكتور السنهورى فى محاولته تطبيق سنة التطور على الشرع الإسلامى إلى حد القول بأن « الفقه الإسلامى بدأ بإقرار حوالة الحق بسبب الموت ثم بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء ، ولكن فى مذهب واحد من مذاهبه ثم وقف تطوره عند ذلك . . . . » .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى ١ / ١٣ ١٧ .

ولم يبين الدكتور السنهورى كيف حدث هـــذا « التطور »؟ « متى » بدأ الفقه الإسلامى بإقرار حوالة الحق بسبب الموت ، « ومتى » ثنى بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء ؟ وما « المدة » التى مضت بين الأمرين حتى يقال إن هناك « تطوراً» قد حدث ؟

إن الثابت من دراسة تاريخ التشريع الإسلامى أن أحكامه نزلت مفرقة فى حياة الرسول صلى الله عليه وسلم فى المدينة المنورة التى لم يتجاوز عهده فيها إحدى عشرة سنة .. وأن المواريث (أو حوالة الحق بسبب الموت) ظلت فى صدر الإسلام على ما كانت عليه فى الجاهلية ، من توريث بالنسب يرث فيها الذكور المقاتلون دون الصغار والإناث .

وتوريث بالسبب يتوارثون بالحلف والتبنى (١) ، ثم فى بدء حياة المسلمين بالمدينة آخى الرسول بين المهاجرين والأنصار فكانوا يتوارثون بهذا الإخاء فى ابتداء الإسلام إرثا مقدما على القرابة .. ثم نسخ التوارث بالمؤاخاة بعد غزوة بدر (٢)

أما آيات المواريث « يوصيكم الله فى أولادكم ... » فقد نزلت بعد غزوة أحد (٣)

ثم كان نزول آية « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة . . . » يقول ابن العربى : ثبت فى الصحيح أن البراء بن عازب قال : ... وآخر آية نزلت آية الكلالة » (٤)

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٩٠ — ٩١

(٢) إمتاع الأسماع للمقريزى جـ ١ ص ٤٩ — ٤٠

(٣) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٣٢٣ والآيتان من سورة النساء ١١ و ١٢

(٤) أحكام القرآن العربى جـ ١ ص ٥١٩ والآية هى آخر آية فى سورة النساء ورقها ١٧٦ .

وهكذا يتضح أن آيات المواريث وأحكامه جاءت مفرقة على عدة سنوات خلال إقامة الرسول صلى الله عليه وسلم بالمدينة .

أما حديث الحوالة فلم نعثر على سبب وروده أو تاريخه ، ولا نظن أن الدكتور السنهورى قد عثر على ذلك وإلا لأبداه تأييداً لرأيه ، وأيا كان تاريخ حديث الحوالة فلا يصح القول بأن إقرار الحوالة جاء بعد إقرار الميراث (الذى بينا أن تنظيمه النهائى بآية الكلالة كان فى آخر حياة الرسول صلى الله عليه وسلم) وبأن ذلك سنة التطور فى القوانين .. فالتطور الذى يحدث بين القانون الرومانى والقوانين الوضعيه الحديثة على مر مئات بل آلاف السنين لا يصح أن يقاس به ورود آيات وأحاديث الأحكام فى الشريعة الإسلامية والتى لم تتجاوز مدة تشريعها إحدى عشرة سنة :

الناحية الخامسة : إن إلحاح الأستاذ السنهورى على إخضاع الشريعة الإسلامية وفقهها لمراحل التطور المعهود فى الأعراف وفى النظم الوضعية عبر القرون — بحجة أن هذا التطور بوابع مراحله فى النظم الوضعية هو طريق حتمى (كما يفيده كلامه) لا يخرج عنها أو يفلت منها أى نظام تشريعى — هذا الإلحاح يناقض ما كان قرره قديما الأستاذ السنهورى نفسه فى كتابه المبسوط فى (نظرية العقد) حيث أفاد فى كلامه على رضائية العقد أن العقد فى جميع الشرائع يتبع بحسب العادة طريقا تطوريا حتمياً هو المرور فى مرحلة الشكلية أولا ثم تدريجيا إلى الرضائية ، فيصبح انعقاده وآثاره منوطة بمجرد اتفاق الإرادتين دون توقف على أى مراسم شكلية معينة ، وفى هذه المناسبة قرر أن العقد فى الشريعة الإسلامية خرج عن هذه السنة الطبيعية التى لم تتخلف فى شريعة ما ، حيث ولد العقد فى الشريعة الإسلامية رضائيا محضا لم يمر بمرحلة الشكلية أصلا .. ثم يعزو الأستاذ السنهورى هذه الظاهرة الغريبة إلى أن السبب فيها هو المصدرية الدينية فى الشريعة الإسلامية وفقهها (أى إن المصدر الدينى لها قد قفز بها فوق التطور) (١) .

---

(١) نظرية العقد للأستاذ السنهورى الفقرة ٩٢ ص ٩٤ بالحاشية .

فلماذا صلحت تلك المصدرية الدينية فى الشريعة الإسلامية أن تقفز برضائية العقد فوق مراحل التطور الحتمى المعتاد فى النظم الوضعية .. ولا تصلح لأن تقفز بعقد الحوالة خاصة مثل تلك القفزة ، فتوجد فيها حوالة الدين وحوالة الحق فى وقت معا ، بالاستناد إلى نصوص المصدر الدينى الخاصة والعامة ، وإن اختلفت بعض أحكام الحواله فى نوعيها عما تذهب إليه الأنظار الحديثة فى التشريع الوضعى وفقهه ، واختلفت أيضا أنظار فقهاء الشريعة الإسلامية أنفسهم فى فهم نصوص المصدر الدينى والاستنباط منه ؟!

لعل الأستاذ السنهورى قد نسى ما كان كتبه سابقا فى كتابه المبسوط فى « نظرية العقد » !!

(ثالثاً)

يتضح من كلام الأستاذ السنهورى أنه يرى أن التطور الحاصل بشأن الحواله منذ القانون الرومانى حتى القانون الحديث فى أوربا ، هو الذى يجب تحكيمه بشأن الحواله فى الشرع الإسلامى وفقهه ، وفى نظره هو أن الحواله فى الفقه الإسلامى بدأت بانتقال الحقوق عن الميت إلى ورثته دون انتقال ديونه التى تبقى معلقة بتركته ، ثم تطور ذلك إلى قبول انتقال الحقوق فقط (دون الديون) بطريق التعاقد بين الأحياء انتقالا لم يتكامل فيه معنى الحوالة ، بل بقى قاصرا لعدم انتقال ضمانات الحق معه ، فمعيار حقيقة الحوالة عنده هو انتقال الضمانات فإن لم تنتقل مع الحق الذى تضمنه فليس بحوالة .

والذى نرى أن ربط الحواله بميراث الحقوق فى الشريعة الإسلامية هو ضرب من الخيال واختلاط المفاهيم . . فهل يكفى وجود معنى النقل فى أمرين أو ثلاث لكى يعتبر أحدهما مرحله تطورية عن الآخر ؟

ولماذا عندئذ لا يقال : إن الميراث نفسه مرحله تطورية عن نقل الأحجار المقطوعة من الجبال لبناء البيوت البدائية عبر القرون الأولى ، تطورا من النقل الحسى فى الأشياء إلى الانتقال الاعتبارى فى الحقوق . . وإن البيع هو مرحله

تطورية للثأر .. لأن فى البيع معاوضة متوازنة بين البدلين تطورت عن الموازنة بين الدماء فى الثأر ، ولا يدرى أحد إلى أين ينتهى بأصحابه الخيال فى هذا المجال ؟

إن الميراث ، ولا سيما فى الشريعة الإسلامية لا يمكن أن يعتبر فى تاريخ التشريع نقطة بداية لحواله الحق ، لأن الميراث خلفية حتمية لأموال تركها صاحبها وذهب إلى غير عودة ؛ فلا بد لهذه الأموال من خلف يخلف فى الاختصاص بها والاستفادة منها سواء أكان هذا الخلف هو بعض الأقارب أم كان هو العشيرة أو القبيلة كلها أو السلطان الحاكم ، أو الدوله .. وإلا أصبحت تركة الميت وجهود حياته فى اكتسابها أموالا ضائعة بعد وفاته . فالخلفية على أموال الميت وحقوته ضرورة طبيعية نابعة من طبيعة الحياة البشرية ومرافقة لها فى تكوين المجتمعات الأولى البشرية وإنما تختلف فيها الترتيبات فأين هذا من تصرف كالحواله هو إرادة محضة كسائر العقود دعت إليها حاجات التعامل والتبادل والتجارة والأسفار .. ولاسيما مع ملاحظة أن الميراث فى الشريعة الإسلامية منقطع الصله بتاتا بالإرادة .. لأن الإرث فيها جبرى تنتقل فيه الملكيه إلى الوارث حكما دون أن يكون له خيار فى قبولها وردها . لأن الوارث فى الشريعة الإسلامية إنما يرث ما يبقى بعد قضاء الديون والوصية فلا يحمل شيئا من التزامات المورث المتوفى بل تحملها تركته فقط . فلم تبق حاجة لإعطاء الوارث خيارا فى رفض الميراث كما فى النظم التى تحمله بالميراث التزامات الميت وديونه أيضا ، كما هو معلوم .. فما دعوى النسب بين الحوالة والميراث فى الشريعة الإسلامية سوى ضرب من الخيال والأوهام .

(رابعـــا)

— وقد أورد الدكتور السنهورى دليلا على رأيه (فى أن الفقه الإسلامى كان طبيعيا فى تطوره ، أى عرف حوالة الحق قبل حوالة الدين) ذلك الدليل عنده هو أن هذا الفقه لم يعرف حوالة الدين بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده ، بينما عرف حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التى للتركة تنتقل إلى الورثة .

وهذا الذى ذكره الدكتور السنهورى مردود عليه من عدة وجوه :

١ — إن هذا المبدأ ليس قصورا يستدل به على أنه بداية تطور ، بل هو ميزة تنظيمية فى طريق العدالة قصد به عدم الإضرار بالورثة إذا زادت ديون التركة على حقوقها .. إذ القول بخلاف ذلك — أى بانتقال ديون الميت إلى ورثته ومسئوليتهم عن سدادها ولو تجاوزت حدود التركة — فيه من الإضرار بالورثة ما يتجاوز حدود المنطق والعدالة .

٢ — وقد كان القانون الرومانى يقرر انتقال ديون المتوفى إلى الورثة ولو تجاوزت حدود التركة على أساس أن الوارث يأخذ مكان المتوفى ويحل محله فى جميع شئونه من أشياء مادية وأشياء معنوية ومن حقوق له وحقوق عليه ، لاعتباره وارثا لشخصية المتوفى ؛ لا وارثا لأمـــوال المتوفى (١) ، فالقانون الرومانى الذى استمر قرونا طوالا تحت السلطان الرومانى قد عرف انتقال الحق وانتقال الدين بسبب الموت فى وقت واحد ، ولم يسر فى ذلك على سنة التطور التى افترضها الدكتور السنهورى فلم يتقبل الانتقال بطريق الحوالة لا فى الحق ولا فى الدين...

أما الشريعة اليهودية فإنها تخير الوارث بين قبول الميراث أو رفضه ، فإذا قبله صار مسئولا عن جميع ديون المورث ولو تجاوزت أموال التركة أما إذا رفض الميراث أى تنازل ، عن حقه فيه فلا يكون مسئولا عن ديون التركة (٢) .

٣— ثم إن النظم القانونية الحديثة قد تطورت إلى تخيير الوارث بين ثلاثة مواقف :

---

(١) الوجيز فى الحقوق الرومانية للدواليبى ، الطبعة الرابعة ١٩٦١م ج١ص ١٣٣

(٢) « المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات فى شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الإسلامية الغراء ومن القانون المصرى والقوانين الوضعية الأخرى » لمؤلفه محمد حافظ صبرى صفحة ٢٦٥ — ٢٦٨

ــ فإما أن يقبل الميراث بلا شرط ولا قيد .. فيلتزم حينئذ بدفع ديون التركة مهما بلغت ولو زادت على قيمة الميراث ،

ــ وإما أن يرفض قبول الميراث ، فلا يلتزم حينئذ بأى ديون فى التركة ، ولكنه فى الوقت نفسه يحرم مما قد يكون فى التركة من زيادة على الديون .

ــ وإما أن يقبل الميراث بشرط الاستفادة بالحصر بمعنى أن قيمة التركة متى زادت على ديونها أخذها الوارث ، فلا يجب عليه دفع دين فيها أزيد من قيمتها ، فإن استغرقتها الديون تركها للدائنين بلا رجوع عليه بأى شىء .

وهذا الخيار الذى تعطيه الوارث التشريعات الحديثة (الفرنسى والسويسرى واليونانى وغيرها) إنما هو للتخفيف من ضرر المبدأ الرومانى فى التزام الوارث بديون المورث مهما بلغت .

والذى يتضح من هذا هو أن تطور التشريع الوضعى فى الميراث يسير فى الاتجاه الذى رسمته الشريعة الإسلامية من أول يوم حتى لا يضار الوارث بتحمل ديون المورث الزائدة على التركة(١) .

وهكذا يتبين أن بقاء الدين فى التركة حتى تقوم بسداده وعدم انتقاله إلى الوارث ليس قصوراً فى الشريعة عن تصور إمكان انتقال الدين (كما يوحى به اعتباره بداية تطور) ، وإنما هو تنظيم مقصود لحكمة رآها المشرع كما أسلفنا .

---

(١) يجوز للوارث (ولغيره) ــ فى الشريعة الإسلامية ــ أن يتبرع بتحمل ديون الميت تبرعاً مبتدأ لا استمراراً لالتزام الميت .

بعض معاملات معاصرة ذات صلة بالحوالة

تمهيـــد

ـــ يشعر المسلم المعاصر بحاجة إلى معرفة رأى الشريعة الإسلامية فى كثير من المعاملات المستحدثة التى لم تكن على عهد الفقهاء الأوائل ، والتى تبقى نتيجة لذلك محل استفهام : أهى مشروعة ؟ وفى حالة عدم مشروعيتها : ماذا يلزم من التعديل فى أحكامها حتى تصبح مشروعة ، أو ما هو البديل الذى يحل محلها للوفاء بحاجات العصر المتزايدة المتجددة ؟ .

وفكرة هذه الدراسة أن نعالج بالبحث ما كان من هذه المعاملات ذا صلة أو اشتباه بالحوالة من قريب أو من بعيد ، ومحاولة تطبيق أحكام الحوالة الشرعية أو عقد شرعى آخر عليها ، لمعرفة ما إذا كان من الممكن تخريجها على أساس من التعاقد المشروع فى الإسلام .

على أنه ينبغى أن ننبه إلى أن الأصل فى المعاملات ـــ بخلاف الحال فى العبادات ـــ أن المسلمين فى سعة من إبرام ما يرونه صالحاً لمعاملاتهم من العقود والاتفاقات ، مالم يصطدموا بدليل شرعى مانع .

وعلى هذا الأساس تكون محاولتنا هـــذه لمجرد إلقاء الضوء على بعض المعاملات المستحدثة بغية تأصيلها وتصنيفها : فما كان منها صورة جديدة للحوالة الشرعية ، ضمت إلى صورها القديمة ، وما كان عقداً جديداً لا مانع منه شرعاً نبهنا فيه إلى ذلك .

ولا نعنى بالجديد ما لا يدخل تحت عقـــد من العقود السالفة أصلا ، فهذا مستبعد ، لأن الأولين قد استوعبوا أصناف عقود المعاملة التى تتعلق بها حاجة المجتمع ، وميزوا بين الصحيحة والفاســـدة وحصروها حصراً دقيقاً مستوعباً

لا يمكن الاستدراك عليه .. وإنما نعني بالجديد مالو بحثناه لوجدناه مركباً من عقدين أو عدة عقود ، أو مركبا من عقود وأعمال متممة ، بحيث لا يمكن دخوله تحت عقد واحد من العقود السالفة .. فمثل هذا جدير بإفراده بالبحث تحت الاسم العرفي الحادث أو اسم مناسب يستحدث ، وبأن تنظر مواده مادة مادة ويكشف النقاب عن موافقتها للشرع أو مخالفتها ، وإمكان تعديلها أو عدم إمكانه .

ومحاولتنا هذه هي محاولة جديدة بالنسبة للقانونيين أيضاً ، إذ إن هذه المعاملات الجديدة قد نظمتها نصوص خاصة في القوانين خلاف النصوص العامة عن الحوالة وغيرها .

ولم يحاول علماء القانون — في حدود علمنا — تأصيل الأحكام الخاصة بهذه المعاملات في ضوء الأحكام العامة ، وتخريجها على أساس عقد الحوالة أو غيرها .

وينبغي — أخيرا — أن ننبه إلى أننا لم نحاول في هذا البحث استقصاء جميع المعاملات المعاصرة ذات الصلة بالحوالة ، نظرا لكثرتها ، ولاختلاف موقف التقنينات الحديثة نفسها منها .. بين دولة وأخرى.

— وفيما يلي بيان المعاملات المستحدثة التي نتداولها بالدراسة هنا [1] :

١ — التحويلات المصرفية والبريدية .

٢ — السفتجة القانونية (أو الكمبيالة في اصطلاح بعض البلاد)

٣ — الشيك (السحب على الحساب الجاري)

---

(١) الآراء الشرعية والتخريجات الفقهية الواردة فيما يلي اجتهادات وآراء شخصية للموسوعة الفقهية وليست من الفقه المستقر عليه .

٤ — تظهير الأوراق التجارية .

٥ — تظهير أوراق البضائع .

٦ — الخصم .

٧ — الاعتماد المستندى .

٨ — حوالة حقوق الذمة المالية فى القانون .

(أولا)

التحويلات المصرفية والبريدية

الوضع القانونى :

— التحويلات المصرفية نوع من الخدمات التى تقوم بها المصارف فى العصر الحاضر وتتم بإحدى طريقتين :

(ا) أن يدفع شخص مبلغا إلى المصرف طالبا تحويله إلى من يسميه فى بلد آخر ، وذلك بأن يقوم المصرف بتحرير سند[1] يسمى فى العرف المصرفى « حوالة » ويتضمن أمراً من هذا المصرف إلى مصرف آخر — فرع له أو عميل أو وكيل له فى بلد آخر بأن يدفع إلى شخص معين (قد يكون هو الشخص طالب التحويل نفسه أو شخصا آخر) مبلغا محددا من النقود . ويتسلم الشخص الطالب السند بيده ثم يقدمه — بنفسه إن كان هو المستفيد من السند — إلى المصرف الآخر فى البلد الآخر ليقبض المبلغ المحدد به ، أو يرسل السند إلى الشخص المستفيد منه — إن كان شخصا آخر — ليقبض المبلغ .

(ب) والطريقة الثانية أن يتولى المصرف الآمر — بناء على رغبة الطالب — الكتابة أو الإبراق مباشرة إلى المصرف الآخر ، وتتم العملية دون أن يتسلم الطالب أو المستفيد السند بيده .

(١) التعبير عن المحرر الذى يعده البنك بكلمة « سند » غير سليم ، لأن السند له معنى آخر مستقر . وفى العرف المصرفى يسمى هذا المحرر « bankers draft » وفى اللغة العربية « حوالة مصرفية » (المؤلف) .

وفى كلتا الحالتين نكون أمام ثلاثة أطراف أو أربعة .

١ — طالب التحويل

٢ — المستفيد ، إن لم يكن الطالب نفسه هو المستفيد .

٣ — المصرف الآمر .

٤ — المصرف الدافع .

وكما يقع التحويل المصرفى من بلد إلى آخر ، يقع فى داخل البلد الواحد من شخص إلى آخر ، كما قد يقع من حساب الشخص لدى المصرف الآمر إلى حسابه نفسه فى مصرف آخر فى البلد ذاته .

وهذا التحويل تقوم به كذلك إدارة مصلحة البريد بين فروعها المختلفة وتنطبق عليه جميع أحكام التحويلات المصرفية .

الوصف (التكييف) الفقهى الإسلامى :

سبق أن أشرنا فى بحث « السفتجة » إلى وجه الشبه إجمالا بين السفتجة القديمة والتحويلات المصرفية الحديثة . ولبيان ذلك تفصيليا ينبغى التنبيه إلى أن السفتجة القديمة قد أجازها بعض الفقهاء (على الرغم من الشرط الذى يستفيد به المقرض الأمان من خطر الطريق ، وهو شرط التوفية فى بلد آخر) — فهى وسيلة أجيزت لشدة الحاجة إليها ولم يحل دون جوازها اشتراط الوفاء فى بلد آخر . تلك وجوه الشبه وقد أشرنا إليها إجمالا هناك ، ولكن الناظر إلى هذه التحويلات الحديثة وإلى السفتجة القديمة يرى بينهما فرقا من جهات أربع :

الجهة الأولى : أن السفتجة القديمة لابد أن تكون بين بلدين ، والتحويل المصرفى تارة يكون كذلك وتارة يكون بين مصرفين فى بلد واحد .

الجهة الثانية : أن السفتجة القديمة قد يكون المقترض فيها مسافرا أو عازما

على السفر ، فيوفى هو نفسه أو نائبه إلى المقرض أو إلى مأذونه والتحويل المصرفي ليس فيه ذلك ، فالمصرف الأول ، وهو المقترض ، لا يوفي بنفسه إلا إذا كان المصرف الثاني الدافع فرعا للأول .

الجهة الثالثة : أن المفروض في السفتجة القديمة اتحاد جنس النقد المدفوع عند العقد والمؤدى عند الوفاء ، فالآخذ في السفتجة إذا أخذ دراهم من نوع مخصوص وفاها كذلك ، وإذا أخذ دراهم من نوع مخصوص وفاها كذلك ، فإنهم عرفوا السفتجة بأنها قرض (وقد تتوافر معه فيها عناصر الحوالة) فلو كانت التأدية بنوع آخر لما كانت السفتجة قرضا لأن القرض لابد فيه من رد المثل .

والتحويل المصرفي لا يقتصر على هذه الحالة فإن المصرف في أغلب الأحيان يأخذ نقودا من نوع ويكتب للمصرف الآخر أن يوفي من نوع آخر وهذه المعاملة ليست قرضا محضا ، بل تشتمل أيضا على صرف أو شبه صرف على ما سيأتي .

الجهة الرابعة : أن الآخذ في السفتجة القديمة لا يتقاضى أجرا عادة ، اكتفاء بأنه سينتفع بالمال في سفره أو في إقامته ، فيربح ما يغنيه عن اشتراط أجر لعمله أما المصرف في التحويل المصرفي فيتقاضى أجرا يسمى عمولة (1) .

وفيما يلي سنتناول بالبحث والتمحيص كل جهة من جهات الفروق الأربعة هذه بين السفتجة الفقهية القديمة والتحويلات المصرفية الحديثة لنرى مقتضاها في الأحكام بالنظر الفقهي الإسلامي [illegible]

الفرق الأول : كون السفتجة لا تتم إلا بين البلدين ، والتحويل قد يتم بين مصرفين في البلد الواحد .

---

(1) بضم العين ، وهو لفظ مولد ، وفصيحه الجعالة ، بضم العين أيضا ومعناها أجرة العامل ، [illegible] أقر مجمع اللغة بالقاهرة كلمة العمولة وأعرفها بأنها المبلغ الذي يأخذه السمسار أو المصرف أجراً له على قيامه بمعاملة ما (كما يؤخذ من المعجم الوسيط) .

هذا الفرق لا تأثير له فى الحكم الشرعى بالجواز ، فإن الذين أجازوا السفتجة بين بلدين يجب أن يجيزوا ما يشبهها بين مكانين فى بلد واحد .. بل هذه أقرب إلى الجواز ، لأن اشتراط الوفاء فى بلد آخر كان هو العلة التى جعلت بعض الفقهاء يكرهون السفتجة أو يحرمونها .. فإذا أجازها المحققون مع وجود هذه الشبهة فإجازتها مع قرب المكانين أولى ، لأن المقرض حينئذ لا يستفيد سقوط خطر الطريق ، فلا يتوهم أنه قرض جر نفعاً .

الفرق الثانى : كون السفتجة القديمة تشتمل صوراً مغايرة للتحويل المصرفى ، هذا الفرق أيضاً لا تأثير له ، لأن الذين أجازوا السفتجة لم يختصوا الجواز بهذه الصور المغايرة ، فيكفى أن يكون التحويل موافقاً للصور الأخرى من السفتجة .. فالقائلون بجواز هذه الصور ينبغى أن يقولوا بجواز التحويل الموافق لها .

الفرق الثالث : كون السفتجة تجرى بنقد واحد ، أما التحويل المصرفى فقد يجرى بنقد واحد ، وقد يكون بين جنسين من النقود ،

هذه جهة فرق جديرة بعناية الباحث ، لأن لها تأثيراً ، وتحتاج إلى شىء من التحليل والتفصيل...

فالتحويل بين مصرفين فى بلد واحد أو دولة واحدة إنما يكون بنقد الدولة غالباً فيكون كالسفتجة القديمة بعد اعتبار أن المصرف شخصية اعتبارية فما قيل فى تطبيق السفتجة على المعاملات الشرعية المعروفة يقال فى تطبيق هذا النوع من التحويل فهو قرض وتوكيل ، أو قرض وحوالة .. والتحويل بين مصرفين فى دولتين لا يمكن أن يكون بنوع واحد من النقد غالباً ، فالذى يريد تحويل دنانير عن طريق مصرف فى الكويت إلى مصرف فى لبنان مثلا لا بد أن يطلب التحويل إلى ليرات لبنان بسعر الصرف وقت التحويل(١) . وهذا يستدعى ثلاث خطوات ذات أحكام ، وسنشرحها فيما يلى مبينين وصفها الفقهى خطوة خطوة :

---

(١) عرف الاقتصاديون سعر الصرف بأنه نسبة مبادلة نقد بآخر فإذ قلنا =

أولا أن يتقدم إنسان للمصرف ويطلب تحويل النقود إلى مصرف آخر :

وهذا تمهيد لعقد التحويل ، ويبين فيه عادة مقدار النقود ، وهل يقصد تحويلها إلى نقود من جنسها أو من غير جنسها ؟ وبيان المصرف الذى يراد التحويل إليه ، والشخص الذى سيقبض البدل من المصرف الآخر أهو طالب التحويل أم غيره ؟

(ثانياً) قيام الطالب بدفع النقود إلى موظف المصرف :

وهذا بعد سبق الطلب المبين يعتبر إيجابا بالتحويل الذى يعد قرضاً إن كان المقصود التوفية بمثله من جنسه : فالدافع مقرض والآخذ مقترض من المصرف والدفع إيجاب ، والأخذ مع ما بعده قبول ، والمال المدفوع هو محل العقد ، وكذلك المثل الذى يلتزم به المقترض معطى الصك فإنه العوض .

فهذا القرض المستوفى لمقوماته عقد صحيح جائز شرعاً حيث خلا من الموانع الشرعية ، ومايتخيل مانعاً وهو العمولة سيأتى الكلام عليه (ر : ف /٣٦٢)(١).

وأما إن كان المقصود التوفية بنقد من جنس آخر فهو صرف ، ومن شرائط صحة الصرف التقابض ولا تقابض فى هذا الصرف ، فيلتحق بالربا لعدم التقابض.. هذا إذا اعتبرنا الأوراق النقدية نقوداً وضعية ، وأما إذا اعتبرت سندات على الجهة التى أصدرتها بالقيمة المذكورة من الذهب ، فإن معاملة التحويل المذكورة بين جنس منه وجنس آخر تعتبر بيع دين بدين دون قبض أصلا فى مجلس العقد ، لأن ما تم تسليمه من أحد الجانبين هو سند (صك) بمبلغه ، وليس نقداً ، فهل من حـــل ؟

= إن سعر صرف الدينار الكويتى والليرة اللبنانية ١ دينار = ٩ ليرات لبنانية .. كان معنى هذا أن الدينار الواحد يتبادل فى السوق بما يساوى تسع ليرات « مقدمة فى العلاقات الاقتصادية الدولية للدكتور محمد زكى شافعى ص ٥٠ — ٥١ الطبعة الثالثة ١٩٧٠ مطبعة دار النهضة العربية ببيروت »

(١) ر : ف/٣٦٢ أى راجع فقرة ٣٦٢ من طبعة الموسوعة بالكويت ١٩٧٠.

فنقول إجابة عن ذلك :

١ — إننا نعتبر الأوراق النقدية المذكورة من قبيل النقود الوضعية لا من قبيل الأسناد المعترف فيها باستحقاق قيمتها على الجهة التي أصدرتها من دولة أو مصرف إصدار ، وإن كانت هذه الصفة الأخيرة هي أصلها ومنطلق فكرة إحلال الأوراق النقدية المعروفة بين الناس باسم (بنكنوت) محل النقود الذهبية والفضية في التداول أخذا وعطاء ووفاء . ذلك لأن صفة النقدية فيها قد تنوسيت بين الناس في عرفهم العام ، وأصبحوا لا يرون في هذه الأوراق إلا نقوداً مكفولة حلت محل الذهب في التداول تماماً ، وانقطع نظر الناس إلى صفة السندية في أصلها انقطاعاً مطلقاً ، تلك الصفة التي كانت في الأصل حين ابتكار هذه الأوراق ؛ لإحداث الثقة بها بين الناس ؛ ليتنقلوا من التعامل على الذهب إليها ، حين يعلمون أن لها تغطية ذهبية في مركز الإصدار(١) ، وأنها سند على ذلك المركز بقيمتها مستحق لحامله يستطيع قبضه ذهبا متى شاء .

هذا أصلها ، أما بعد أن ألفها الناس وسالت في الأسواق تداولا ووفاء من الدولة وإليها وبين الناس ولمس المتعاملون بها مزيتها في الخفة وسهولة النقل فقد تنوسي — كما ذكرنا — فيها هذا الأصل السندي واكتسبت في نظر الجميع واعتبارهم وعرفهم صفة النقد المعدني وسيولته بلا فرق .. فوجب لذلك اعتبارها بمثابة الفلوس الرائجة من المعادن غير الذهب والفضة ، تلك الفلوس التي اكتسبت صفة النقدية بالوضع والعرف والاصطلاح ، حتى إنها وإن لم تكن ذهبا أو فضة ؛ لتعتبر بحسب القيمة التي لها بمثابة أجزاء الوحدة النقدية الذهبية التي تسمى ديناراً ، أو ليرة ، أو جنيها ذهبيا ؛ بحسب اختلاف التسمية العرفية بين البلاد للوحدة من النقود المسكوكة الذهبية .. هذه حال الفلوس الرائجة من المعادن المختلفة غير

---

(١) فانظر إلى مثل واحد لتوضيح ما ورد في المتن : إذا تسلم أحد الممولين مليون جنيه استرليني من ورق البنكنوت فإن وزن هذا المبلغ لا يزيد على جزء من الكيلوا جرام (ألف ورقة فئة ألف جنيه استرليني) — وأما إذا تسلم مليون جنيه استرليني من المسكوكات الذهبية فإن وزن هذا المبلغ يصل إلى ثمانية آلاف وخمسمائة كيلو جرام من الذهب عيار ٢١ قيراطا .. لأن وزن الجنيه الواحد ثمانية جرامات ونصف الجرام .. فتأمل ما في تداول الذهب من معيقات ومخاطرة !! (المؤلف) .

الذهب والفضة بالنظر الشرعي وهي الصفة التي يجب إعطاؤها في نظرنا للأوراق النقدية (البنكنوت) فتبديل جنس منها كالدينار الكويتي الورقي أو الليرة السورية أو اللبنانية مثلا بجنس آخر كالجنية المصري أو الاسترليني أو الدولار الأمريكي مثلا ، يعتبر مصارفة كالمصارفة بين الذهب والفضة والفلوس المعدنية الرائجة على سواء..

والقاعدة الفقهية في هذه المصارفة أنه عند اختلاف الجنس يجوز التفاضل في المقدار بين العوضين ، ولكن يجب التقابض في المجلس من الجانبين ، منعا للربا المنصوص عليه في الحديث النبوي.. وبهذا التخريج يستبعد اعتبار عملية التحويل المصرفي بين جنسين من هذه الأوراق من قبيل بيع الدين ، وإنما هي مبادلة بين نقود ونقود فيها تحويل وصرف في وقت واحد.

٢ — بناء على ما سبق نقول : إن اعتبار الأوراق النقدية كما ذكر (نقودا وضعية اصطلاحية) يقتضي في التحويل من جنس إلى جنس آخر منها أن يتم تقابض العوضين في مجلس التحويل ، نظرا لأن هذا التحويل بين جنسين من هذه النقود يتضمن مصارفة ، والصرف يشترط لصحته التقابض.. وهذا يقتضي أن يدفع طالب التحويل إلى المصرف الأوراق النقدية التي يحملها ، وأن يصرفها بالأوراق النقدية من الجنس الآخر المطلوب ويقبضها بالفعل من المصرف ، ثم يسلمها إليه قرضا ليوفيه في البلد الآخر من هذا الجنس الثاني ، أي يجب حينئذ فك عملية التحويل من جنسين مختلفين من هذه الأوراق إلى عمليتين : مصارفة أولا يقع فيها التقابض ، وسفتجة ثانيا يدفع فيها بمبلغ من جنس ويستوفى نظيره من الجنس نفسه في البلد الآخر.

هذا ما يستوجبه في الأصل عنصر المصارفة في عملية التحويل المصرفي بين جنسين ، ولكن هذه التجزئة للعملية لا تقع فعلا بين طالب التحويل والمصرف الوسيط ، وإنما يدفع طالب التحويل إلى المصرف المبلغ المطلوب تحويله من نقود البلد الذي هو فيه ، فيقوم المصرف بتسليمه إيصالا به مع صك (شيك) يتضمن حوالة على مصرف عميل في البلد الآخر بمبلغ يعادل هذا المبلغ من نقود البلد المطلوب التحويل إليه ، فيرسل طالب التحويل هذا (الشيك) إلى الشخص المحول باسمه والذي حرر الشيك لأمره ليقبضه هناك من المصرف المحول عليه..

فإذا نظرنا إلى أن الشيكات تعتبر فى نظر الناس وعرفهم وثقتهم بمثابة النقود الورقية .. وأنها يجرى تداولها بينهم كالنقود تظهيرا وتحويلا وأنها محمية فى قوانين جميع الدول — من حيث إن سحب الشيك على بنك ليس للساحب فيه رصيد يفى بقيمة الشيك المسحوب يعتبر جريمة شديدة .. تعاقب عليها قوانين العقوبات فى الدول جميعا — إذا نظرنا إلى هذه الاعتبارات يمكن القول معها بأن تسليم المصرف الوسيط شيكا بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصرف فى المجلس أى إن قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه .. فيكون الصرف قد استوفى شريطته الشرعية فى التقابض)(١)

(ثالثا) إعطاء المصرف لطالب التحويل صكا (شيكا) بالمبلغ المطلوب :

فهذا الإعطاء إما أن يكون مسبوقا بإعطاء النقود أو غير مسبوق كما تقدم فى الخطوة الثانية . وأيا ما كان فهو من تتمة قبول التحويل الذى هو عملية مركبة .. ولكن لو لاحظناه على انفراد لكان له وصف شرعى يختلف بحسب سبقه بدفع النقود وعدم سبقه بذلك :

(أ) فإن كان مسبوقا بإعطاء النقود التى اعتبرت مقترضة احتمل كونه حوالة أو وكالة :

وتصوير الحوالة أن يقال : إن المصرف الذى أصبح مدينا بدين القرض قد أحال دائنه — الذى أعطى النقود وأصبح مقرضا — على المصرف الآخر

---

(١) هذا وفى بعض الأحيان يخلو التحويل من هذه الخطوة فلا يدفع الطالب نقوداً ، بل يطلب من المصرف تحويل مقدار من النقود فيعطيه الموظف صك التحويل (الشيك) بناء على أنه عميل وله فى المصرف حساب جار ، وفى أغلب الأحيان يكون الحساب المذكور دائنا للمصرف .. فيستوفى المصرف منه المبلغ المطلوب تحويله .. وأحيانا لا يكون الحساب دائنا أو لا يكون لطالب التحويل لدى المصرف حساب ، ولكنه يثق بطالب التحويل أنه سيدفع المبلغ فيما بعد وسيأتى حكم إعطاء الصك . (الشيك) فى حالتى الدفع مقدما وعدمه .

ليدفع الدين الذى هو بدل القرض إلى ذلك الدائن ؛ أو إلى الشخص الذى عينه وكتب اسمه فى الصك .

وتصوير الوكالة أن يقال : إن المصرف الآخذ قد وكل المصرف الثانى فى دفع المبلغ المذكور فى الصك إلى من ذكر اسمه فيه ، سواء أكان هو الطالب أم الشخص الآخر الذى عينه .. وهذا التوكيل مصرح فى الصك بما يدل عليه .. وإنما سلم هذا الصك لطالب التحويل تمكينا له من استيفاء حقه .

وإنما قلنا إن تصوير الوكالة هنا أقرب من الحوالة .. لأن الحوالة الشرعية ثمرتها براء ذمة المحيل من الدين .. وليست للتحويل المصرفى هذه الثمرة لأن المصرف الآخذ يبقى مدينا بدين القرض ولا يبرأ منه إلا بتوفية المصرف الآخر .

يضاف إلى ذلك أن المصرف الثانى قد يكون غير مدين للمصرف الأول فلا يصح أن يكون محالا عليه شرعا عند الجمهور (إلا على أساس الحوالة المطلقة عند الحنفية ومن معهم) وإن الوكالة خالية من هذين الإشكالين . فالتخريج عليها يكون أولى وأرجح .

غير أنه قد يقال : إن الوكالة يجوز فيها رجوع الموكل ورجوع الوكيل وهذان الأمران ليسا من صفات التحويل المصرفى ....

وجوابا عن هذا الإيراد نقول : إن وكالة هنا ليست عقدا منفردا معقودا بصورة مقصودة مباشرة ، وإنما حللنا إليها عقد التحويل الذى هو عقد مركب من إقراض وشرط .. وهذا الشرط ينحل إلى وكالة فهى وكالة مشروطة من جانب طالب التحويل ... فتكون وكالة تعلق بها حق الغير فلا يجوز رجوع الموكل فيها ولا الوكيل بعد القبول . (ر : المجلة ١٥٢١ و ١٥٢٢) ومن جهة أخرى يلحظ أيضا أن المصرف قد استوفى عمولة على هذه العملية فهى وكالة بأجر ، فلا يجوز الرجوع فيها .

(ب) وإن لم يكن إعطاء الصك مسبوقا بدفع المبلغ المطلوب تحويله فلذلك حالتان .

الحالة الأولى) أن يكون للطالب فى المصرف حساب جار دائن

١ — فإن كان المطلوب تحويل النقود إلى نقود من جنسها ، كدنانير كويتية إلى دنانير كويتية فحينئذ يكون إعطاء الصك توكيلا من المصرف للطالب بقبض المبلغ المبين فى الصك ليستوفيه من الدين الذى له على المصرف .. وقد استغنى عن تقدير القرض لأن الدين السابق قام مقامه .

٢ — وإن كان المطلوب التحويل إلى نقود من غير جنسها ، كدنانير كويتية إلى ليرات لبنانية أو غيرها ، كان طلب التحويل إيجاب مصارفة بين بعض النقود التى للطالب فى حسابه الدائن لدى المصرف والمبلغ المطلوب من النقود الأخرى ؛ وكان تسليم الصك (الشيك) للطالب قبولا للمصارفة وتوكيلا من المصرف بالقبض قام مقام التقابض الواجب شرعاً فى مجلس عقد الصرف لأن هذا الصك (الشيك) عرفاً فى حكم النقد (كما سبقت الإشارة إليه ف / ٣٥٨)

الحالة الثانية) ـ ألا يكون للطالب فى المصرف حساب دائن :

فإن كان يريد تحويل النقود إلى نقود من جنسها كان الطلب التماساً للتوكيل فى القرض ، كأنه يقول للمصرف : ألتمس منك أن توكل المصرف الثانى فى دفع مبلغ كذا إلى أو إلى فلان ليحتسب قرضاً لك على .. وحينئذ يكون إعطاء الصك توكيلا للمصرف الثانى أن يدفع للشخص المعين فى الصك المبلغ المبين مقداره فيه .. فإذا قام المصرف الثانى بالدفع إلى هذا الشخص صار هذا المصرف الثانى دائناً للمصرف الأول بالمبلغ ما لم يكن له - أى للمصرف الأول - عنده حساب دائن ؛ ويصير المصرف الأول دائناً لطالب التحويل ما لم يكن قد قام بدفع المبلغ إليه قبل قيام المصرف الآخر بدفع ما فى الصك .

وإن كان يريد تحويل النقود إلى نقود من غير جنسها — والمفروض أن طالب التحويل ليس له فى المصرف حساب دائن ، ولم يدفع النقود فى المجلس - فحينئذ يعد طلب التحويل التماساً للتوكيل بالقرض (كما سبق بيانه) أى أن يقوم

المصرف الأول بتوكيل المصرف الثانى فى البلد الآخر بأن يدفع إلى الطالب (أو إلى من يعينه) المبلغ المطلوب من نقود ذلك البلد الآخر ، ليحتسب ديناً على الطالب ويعتبر تسليم الصك إلى الطالب قبولا وتنفيذاً التوكيل بالإقراض ، فيصبح طالب التحويل مديناً للمصرف الأول بمبلغ الصك من نقود ذلك البلد متى تم قبضه هناك ، ثم حين يوفى للمصرف قيمة من نقود الجنس الآخر (النقود المحلية) يعتبر ذلك الوفاء مصارفة بين ما للمصرف فى ذمته من النقود الأجنبية ، وما يوفيه الآن من النقود المحلية . ويتحقق بذلك شرط التقابض فى بدلى الصرف لأن أحدهما فى الذمة مقبوض ، والآخر يدفع الآن فى مجلس الصرف .

الفرق الرابع والأخير بين السفتجة القديمة والتحويل المصرفى اليوم : وهو أن المصرف يأخذ عمولة من طالب التحويل مع المبلغ المطلوب تحويله ولا يوجد هذا فى عملية السفتجة القديمة التى تكلم عنها الفقهاء ...

فنقول فى هذا الفرق : إن فى هذه العمولة إشكالا بحسب الظاهر ، لاسيما إذا قلنا إن العملية من قبيل القرض ، وقد نص بعض الفقهاء على أنه لا يجوز فى القرض اشتراط (١) يجر نفعاً للمقترض ، كما لا يجوز اشتراط يجر نفعاً للمقرض .

لكن .. شرط جر النفع للمقرض يعتبر رباً وشرط جر النفع للمقترض يعتبر زيادة إرفاق من المقرض للمقترض ، فيكون وعداً حسناً ، ولا يلزمه تنفيذه اكتفاء بأصل الإرفاق .

على أن بعض الحنابلة (٢) أجازوا فى القرض اشتراط دفع المقترض أقل مما أخذ ، كما لو قال : أقرضتك مائة دينار على أن تردها إلى تسعة وتسعين ، فيجوز ذلك لأنه زيادة إرفاق بالمقترض ، وقد التزمه المقرض فيلزمه .. وليس للإرفاق حد يجب الوقوف عنده ، ولاسيما أن هذا الشرط مضاد للربا .. ففى التزامه تأكيد التبرى من الربا .. فهذا القول عند الحنابلة جيد جداً ، ويسعف فى تخريج العمولة عليه .

ثم إن بين المعاملات التى يقوم بها الأفراد والمعاملات التى تقوم بها المصارف

---

(١) على حرف الطاء ضمتان .. ويلحظ القارئ مثل ذلك فى كثير من مفردات هذا الكتاب .. لكى يستقيم المعنى .

(٢) الإنصاف ٥ : ١٣٣ .

فرقاً شاسعاً ، فالمقترض فى السفتجة القديمة لايقوم بعمل للمقرض ولايتحمل مئونة؛ لأنه إن كان مسافراً فهو مسافر لحاجة نفسه ؛ وغالباً مايتجر فى بلده أو فى طريقه أو فى البلد الذى يصل إليه ؛ وقد أصبح المال الذى اقترضه ملكا له ؛ فأرباحه كلها تخصه ؛ ومـــا صنع شيئاً المقرض سوى كتابة الصك ؛ ثم توفية الدين له أو لصديقه مثلا .

أما المصرف الذى اعتبر مقترصاً فى عملية التحويل فيختلف عن المقترض فى السفتجة ؛ فهو شخصية اعتبارية تجمع م، ظفين وعمالا يتقاضون رواتب شهرية غير مرتبطة بالعمل قلة وكثرة ؛ ويتخذ مكاناً مجهزاً باثاث وأدوات وآلات كثيرة .. لاستقبال العملاء وإنجاز حاجاتهم . ثم إن العملية ليست كتابة ورقة فحسب وإنما هى إجراءات كثيرة ، ذات كلفة مالية .. فلو لم يأخذ عمولة لما استطاع تغطية النفقات الطائلة التى ينفقها ، فاشتراط العمولة محقق للعدالة ومتفق مع أصل التشريع الإسلامى وليس هناك نص أو إجماع على منع مثل ذلك .

النتيجة :

والنتيجة التى تستخلص من كل ماسبق من كلام عن التحويلات المصرفية اليوم هى أن التحويل المصرفى أو البريدى عملية مركبة من معاملتين أو أكثر ؛ وهو عقد حديث ؛ بمعنى أنه لم يجر العمل به على هذا الوجه المركب فى العهود السابقة ؛ ولم يدل دليل على منعه .. فهو صحيح جائز شرعاً من حيث أصله ؛ بقطع النظر عما يحيط به من مواد قانونية يجب لمعرفة حكمها استقصاؤها تفصيلا ودراستها للتحكم فيها .

وعسى أن يكون ما أوضحناه الآن هنا فتحاً لباب بحث تام شامل فى هذه المعاملة وأمثالها بما ألقيناه عليها من الضوء . والله الموفق(١) .

---

(١) من حق الموسوعة الفقهية لدولة الكويت ، على كل باحث ينتفع بهذا الجهد الكبير ، أن يقر بالفضل لذويه ، وأن يدعو الله بالمزيد من التوفيق للعاملين فى وجد وصمت وإخلاص .

ثانيا

السفتجة الحديثة فى القانون(١)

الوضع القانونى :

٣٦٤ — السفتجة فى التعبير القانونى العربى اليوم هى أمر مكتوب بكيفية خاصة من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بدفع مبلغ معين من النقود فى تاريخ معين أو قابل للتعيين لأمر شخص معين يسمى المستفيد (أو لحامله دون تعيين، كما فى بعض القوانين) وقد تكون الأشخاص فى عملية السحب هذه أشخاصا طبيعية، أو أشخاصا اعتبارية.

---

(١) تعرف فى القانونين السورى واللبنانى وفى مشروع الجامعة العربية بهذا الاسم « سفتجه » أو سند السحب . وتعرف فى القانون المصرى والليبى باسم « كمبيالة »

وتعرف فى القانون العراقى باسم «بوليصة» (راجع الالتزام المصرفى فى قوانين البلاد العربية للدكتور أمين محمد بدر صفحة ٢١)

أما السند (فى القانون المصرى) أو السند لأمر .. فيسمى فى القانون العراقى « الكمبيالة » وكذلك يطلق عليه فى العامية المصرية والسورية لفظ « الكمبيالة »

(أمين بدور صفحة ٢١) هذا، وقد اخترنا هنا التعبير بالسفتجة تبعا للقانونين السورى واللبنانى .

ويلاحظ هنا أن السفتجة بهذا المفهوم العرفى المعاصر بخلاف نظيرتها فى المفهوم الشرعى .. ومن ثم تعينت متابعة دراسة هذه الورقة التجارية، فى الموضع المناسب من هذا البحث أو غيره .

والغالب أن يكون المسحوب عليه مدينا للساحب بما يكفى للوفاء ؛ ويسمى مقابل الوفاء ، وأن يكون الساحب مدينا المستفيد (أو الحامـــل) ، ولكن لا يتحتم هذا ولا ذاك . والرأى الراجح أن الوديعة العينية التى للساحب لدى المسحوب عليه لاتصلح مقابل وفاء ، إذ يجب أن يكون المقابل دينا نقديا ، فلا تصبح الودائع العينية للمستفيد فى ميعاد الاستحقاق ملكا له .. بل تظل على ملك الساحب، وله استردادها .

وساحب السفتجة — بتوقيعه عليها — ملتزم بأن يدفع قيمتها لحاملها فى ميعاد الاستحقاق ، هو وسائر الموقعين عليها بالتضامن ، إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء .. والمسحوب عليه إنما يقع التزامه العرفى بالتوقيع على السفتجة بالقبول ، فمن حينئذ يعتبر مدينا أصليا مسئولا مع الساحب وسائر الموقعين ، مسئولية تضامنية .

وهذا التوقيع — بالقبول — اختيارى، ولو كان المسحوب عليه مدينا للساحب، إلا فى حالات استثنائية .. ذلك لأنه قد يختار عدم القبول تفاديا لآثار الالتزام العرفى .. وليس للمسحوب عليه الرجوع بعد التوقيع على السفتجة وتسليمها لحاملها أما قبل تسليمها للحامل فله الرجوع .

الوصف (التكييف) الفقهى الإسلامى

سحب السفتجة إذن من مصرف على آخر لمصلحة شخص ثالث هو حوالة من وجهة النظر الإسلامى ، مدينا كان المسحوب عليه للساحب أم لا ، عند الحنفية وموافقيهم .. لأنهم لا يشترطون مديونية المحال عليه للمحيل .. إلا أن نفاذها يتوقف عندهم على قبول المسحوب عليه .. على أن الجمهور من أهل الفقه لا يشترطون قبول المسحوب عليه إذا كان مدينا بدين السفتجه لساحبها .. وهذا كله إنما يتحقق إذا كان الشخص الذى سحبت السفتجة لأمره دائنا للساحب وإلا لم تكن حوالة، لأنه من شرط الحوالة كون المحال (وهو هنا الشخص المسحوب لأمره) دائنا للمحيل ، وهو هنا الساحب ، فإن لم يكن دائنا له كانت السفتجة

توكيلا من الساحب للمستفيد فى أخذ المبلغ المذكور ، ويمكن وصف السفتجة فقها بأنها أمر أداء (١) على النحو الذى سنبينه عند الكلام عن التظهير . وسيجىء فى بحث « الاعتماد المستندى » مزيد من البيان بالنسبة لأمر الأداء .

ثالثاً

الشيك (السحب على الحساب الجارى)

الوصف القانونى :

— هو أمر مكتوب من شخص ، يسمى الساحب ، إلى شخص آخر ، يسمى المسحوب عليه بأن يدفع بمقتضاه وبمجرد الاطلاع عليه مبلغاً معيناً من النقود لأمر أو لإذن شخص معين يسمى المستفيد (أو لحامله) .

والشيك إذا كان لأمر غير ساحبه ، يكون ورقة ثلاثية الأطراف ويشتبه عندئذ بالسفتجة مع أن التفرقة بينهما ذات أهمية لاختلاف الأحكام القانونية بينهما : فمدة التقادم القانونى فيهما مختلفة ، وسحب الشيك بدون وجود رصيد للساحب لدى المسحوب عليه يفى به يعتبر جريمة يستحق عليها الساحب العقوبة الجنائية المقررة . وهى عقوبة مقصورة على ساحب الشيك دون السفتجة .

وقد حل قانون جنيف الموحد والتقنينات الناقلة عنه هذه المسألة بإيجاب تسمية الشخص الذى حرر الشيك الصالحة فى صلب الشيك ، كما حاولت التقنينات الأخرى كل على طريقته — مشكلة التفرقة بينهما بالنص على وصول القيمة فى السفتجه دون الشيك أو بأن الشيك يسحب عادة على مصرف أو مؤسسة مشتغلة بأعمال المصارف

[illegible]

(١) (أمر) بالمصطلح الشرعى [illegible]

وقلما يسحب على غير ذلك (١) . وأنه يستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليه . ولا يضاف إلى أجل (٢) وأن صحته تتوقف على وجود مقابل وفاء له . بخلاف السفتجه فى ذلك كله (٥)

(الوصف (التكييف) الفقهى الإسلامى

— إن العرف المصرفى قاض بأن ما يسمى إيداع النقود فى المصارف ليس إيداعا حقيقيا أى استحفاظا لعينها — وإنما هو صورة من صور الإقراض يترتب عليها انتقال ملكية النقود إلى المصرف الودع لديه .. وله حق التصرف بها كما يشاء .

فلما كان الأمر كذلك يكون السحب على الحساب الجارى فى المصرف من قبيل تقاضى دين أو جزء منه وهذا حق المقرض يباشره بنفسه إن شاء أو بمن ينوب عنه .

---

(١) أخذ القانونان المصرى والسورى بهذه التفرقه على أنه لا مانع فى القانون المصرى من أن يكون الشيك مبينا فيه سببه وإن جرى عمل المصارف على رفض الشيكات المسببة والقانون السورى أوجب فى السفتجة ذكر كلمة (سفتجة) فى صلب الصك . كما أوجب فى الشيك ذكر كلمة (شيك) فى صلب السند .

(٢) هذه التفرقة غير مطردة فالسفتجة أيضا قد تسحب على مصرف .

(٣) السفتجة أيضا قد تستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليها .

(٤) محاضرة الصكوك المصرية لأمين بدر ٣—٤ وعلى حسن يونس ٣٤،٣٥

ولا يخفى أن هذه التفرقة الأخيرة والتى قبلها أيضا غير صالحتين لأنها تفرقة فى الحكم القانونى . وهذا يتوقف على معرفة كونه شيكا بعلامة ذاتية .

(٥) ودائع البنوك والحسابات الجارية : محاضرتان للأستاذ ونسور ريجا ١٩

وسيأتى فى التظهير أنه تارة يكون حوالة ، وتارة يكون وكالة بالقبض .

وينبغى التنبيه إلى أنه إذا اتفق ساحب الشيك والقابض على أن القبض كان نيابة عن الساحب أو حوالة منه فذاك .. وإن اختلفا أمكن التعويل على الصورة التى حرر بها الشيك : فإذا كان مظهراً تظهيراً تاماً ، أو مسحوباً لأمر القابض ، فالمصدق مدعى الحوالة ، لأن الظاهر شاهد له باعتبار صورة الصك المحرر نفسه أى باعتبار صيغة العقد ، وإلا فبالعكس . هذا من بعض وجهات النظر فى الفقه الإسلامى . ولكن هناك وجهات نظر أخرى منها ما هو أقوى وأسد فليراجع فى ذلك ماتقدم فى مبحث (اختلاف المتعاقدين فى أن المقصود بالحوالة وكالة) من مباحث ركن الحوالة . (ف / ٩٧) .

(رابعاً)

تظهير الأوراق التجارية

تمهيـــد :

أهم الأوراق التجارية : السفتجة القانونية والشيك ، وسند الأمر . وقد سبق الحديث عن السفتجة والشيك . أما سند الأمر فهو تعهد مكتوب موقع عليه من شخص ، يسمى المحرر ، بدفع مبلغ معلوم من النقود فى تاريخ معين أو قابل للتعيين ، لأمر شخص معين باسمه . ويجوز فى بعض التقنينات جعله لحامله .

ويتطلب التقنين المصرى والسورى واللبنانى النص فيه على وصول القيمة ، خلافاً لقانون جنيف الموحد [1] .

وواضح أن سند الأمر ورقة ثنائية ذات طرفين لاتتوقف — كالسفتجة — على قبول ثالث ويفترق عن الصكوك أو الأسناد العادية بأنه يحرر لأمر شخص ، فيستطيع — بسبب كونه لأمره — تحويلة لغيره بطريق التظهير الآتى بيانه .

---

(١) أمين بدر ٣٤ وعلى حسن ٩ .

ويأخذ سند الأمر أحكام السفتجة ، مالم تتناف مع طبيعته (١) .

الوضع القانونى للتظهير :

التظهير هو بيان يكتبه حامل الورقة التجارية (ويسمى المظهر) على ظهرها أو على وصلة مرفقة بها ؛ لينقل بمقتضاه بعض أو كل الحقوق التى ترتبها له إلى شخص آخر يسمى المظهر إليه . وهو ثلاثة أقسام :

١ — تظهير ناقل للملكية (ويسمى التظهير التام) : وهو التظهير الذى ينقل حقوق الحامل كاملة .

٢ — تظهير توكيل : وهو الذى يقصدمنه تمكين المظهر إليه من تحصيل قيمة الورقة التجارية لحساب المظهر .

٣ — تظهير تأمينى : وهو الذى يقصد منه تقديم ضمان المظهر إليه بحق له تجاه المظهر أو تجاه شخص آخر ؛ ويسميه بعضهم باسم : الرهن التوثيقى (٢) .

— ولكل مظهر إليه أن يظهر لغيره مالم يشترط عليه عدمه ؛ فإن شرط عليه ذلك أعفى الشارط من الضمان لمن تؤول إليهم الورقة بتظهير لاحق إذ إن هذا الشرط لايلغى حق التظهير . هكذا قرره قانون جنيف الموحد ، والتقنينات المتابعة (٣) .

هذا ؛ وإن للتظهير التام شرائط قانونية منصلة فى القوانين إذا لم تتوافر كان التظهير غير صحيح .

آثار التظهير التام :

— يترتب قانوناً على التظهير التام مايلى :

---

(١) أمين بدر ٣٥ .

يسمى السند فى اللغة الفرنسية **billet à ordre**

(٢) أمين بدر ٥٥ و ٥٦ و ٧١ .

(٣) أمين بدر ٦٠ .

١ — نقل ملكية الورقة التجارية إلى المظهر إليه .

٢ — صيرورة المظهر ضامناً للوفاء بالورقة التجارية على وجه التضامن مع الساحب أو المحرر وسائر الموقعين والضامنين .

٣ — التطهير من الدفوع . أى حماية المظهر إليه الحسن النية من الدفوع التى يملك المدين توجيهها إلى كل متعامل بالورقة التجارية (وحسن النية هنا معناه عدم العلم بأسباب تلك الدفوع) .

٤ — تملك الحامل مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه .. بحيث ينفرد به دون سائر الغرماء إذا أفلس الساحب ، فليس لدائن آخر إيقاع الحجز عليه (١) .

الوصف الفقهى الإسلامى للتظهير :

يلزم التفريق هنا بين حالتين :

١ — حالة الورقة التجارية (٢) المحررة للأمر أو الإذن إذا فقدت صفتها التجارية وصارت سنداً عادياً(٣) ، أى مجرد وثيقة بدين لحاملها على ساحبها أو محررها ،

---

(١) أمين بدر ٥٩ ومحاضرة أمين بدر ١١ - ١٢ .

(٢) من المعروف أن الفقه الإسلامى لم يميز فى الديون والأوراق والحولات بين ما هو تجارى ومدنى . فهذا التمييز أحدثته القوانين الحديثة تحقيقاً لسرعة الحركة التجارية .. وإن كانت أصول الشريعة قد نصت فى آية المداينة على هذا التمييز ورتبت عليه فروقاً من حيث الإثبات تسهيلا للتعامل .. ولكن الفقه لم يتطور بهذه النظرية التطور اللازم (عبد القادر عودة فى التشريع الجنائى الإسلامى ١-٥٨) .

(٣) السند التجارى الإذنى (لا الاسمى) هو الذى يقبل التظهير عند القانونيين أما غيره فلا يكفى تظهيره لتحويله عندهم بل لابد من قبول المحال عليه أو تبليغه (على حسن ١٠٢) .

والفقه الإسلامى لا يفرق هذه التفرقة ، فالتظهير كاف للحوالة بكل حال .. مادام هذا مقصود المتعاقدين بالتظهير ، عند من لا يشترط قبول المحال عليه الدين ، وهم الأكثرون .

فأصبحت لا تقبل التظهير قانونا.. ففى هذه الحالة يكون تظهيرها لشخص آخر حوالة عادية بالمعنى الشرعى، نظراً إلى أن العبرة فى العقود بما يدل على معانيها ، دون تقيد بعبارات خاصة .. هذا إذا كان المظهر إليه دائنا للمظهر ، فإن لم يكن دائناً فالتظهير توكيل له بتقاضى الدين على أن يتملكه قرضاً .

٢ — حالة الورقة التجارية المحتفظة بصفتها التجارية ، فإن تظهيرها لشخص آخر يكون حوالة بالمعنى الشرعى ولو شرط المظهر انتفاء ضمانه للدين المحال به أو لم تتوافر فيه شرائط التظهير قانونا..ذلك أن المحيل غير ضامن أصلا للوفاء بهذا الدين شرعاً فى معظم مذاهب الفقه الإسلامى ، وإن ضمانه التلقائى لهذا الوفاء فى مذاهب أخرى إنما هو عند التوى ، أى العجز عن وصول المحال إلى حقه إما مطلقاً ، وإما بأسباب معينة .. وليس هو بكل حال ضمانا على هذا النحو المطلق المقرر للتظهير القانونى فى سند الأمر التجارى ، بحيث يكون للحامل الرجوع على المظهر لمجرد عدم الوفاء فى ميعاد الاستحقاق ، دون أن يكلفه ذلك أكثر من إجراءات شكلية بسيطة . وقد ينص فى الورقة التجارية نفسها على شرط الرجوع دون حاجة إلى تلك الإجراءات الشكلية فيعفى حينئذ منها(١) . (هذا كله إذا كان المظهر إليه دائناً ، وإلا كان التظهير توكيلا كما مر قريباً) .

أما مع التصريح بالضمان فإن المعاملة تكون كفالة .. وإن اشتراط تقديم الكفيل ـ المفهوم عرفاً فى هذا النوع من التعامل ـ مستقيم على أصول المالكية ـ لكن عندهم لا يكون الرجوع على الأصيل مع هذا الشرط ـ إلا بعد تعذر الاستيفاء من الكفيل ، لا بمجرد عدم الوفاء فى ميعاد الاستحقاق ، إلا أن يعتبر ذلك أيضاً كالمتشارط عليه ، وهو مقتضى الأوضاع المعمول بها فى هذه المعاملة ، فالعرف مغن حتى عن التصريح بالضمان(٢) .

ومن الواضح ـ وفق أصول فقهائنا ـ أن التظهير حوالة صحيحة بالقيود التى أسلفناها ، ولكن اشتراط قبول المحرر (الموقع) فى سند الأمر ، أو المسحوب عليه فى السفتجة والشيك يبدو محل نظر واختلاف :

---

(٢) أمين بدر ٩٤-٥٠ وعلى حسن ٣٢٣ و ٣٩٩ .

(٢) الخرشى على خليل ٤/٢٤٤ .

فمن اشترط قبول المحال عليه ـ كالحنفية ـ يجعل رفض المحرر أو المسحوب عليه قبول الورقة التجارية حائلا دون صحة الحوالة نفسها لادون مسئوليات الالتزام الصرفي فحسب .

ومن لم يشرط قبوله — كالشافعية — يحكم دونه بصحة الحوالة ، ولزومها ، ولا مزيد .

أما تتابع التظهيرات ، فمن قبيل تراكب الحوالات ، أو الوكالات أو الكفالات الذى هو من مسلمات الفقه الإسلامى .

وفقهاؤنا يوافقون على تقديم الحامل للورقة المظهرة إليه (المحال) على سائر الغرماء إلا إن كان الدين فى ذمة المحال عليه قد سقط تعلق الحوالة به فإن الحامل (المحال) حينئذ يكون أسوة الغرماء . وهذا منصوص عليه — من بعض وجهات النظر فى حاله موت المحيل حوالة مقيدة قبل الوفاء (ر : ف / ٢٧٤) .

أما التضامن بين الموقعين على الورقة التجارية فما دام ذلك قد أصبح عرفاً سائدا فإن كل تظهير يكون ضماناً للمظهر إليه ، وفى الوقت نفسه توكيلا له من المظهر فى أن يضمن الدين عنه للمظهر إليه التالى ، بحيث يكون كل مظهر ضامنا أصيلا ووكيلا فى الضمان عن جميع الموقعين قبله على الورقة . وهكذا توقيع الساحب . هذا على رأى من لا يصححون الضمان قبل الوجوب وإلا فالمسأله أوضح من أن يتكلف لها مثل هذا .

هذا . وقد يلاحظ أن توقيت الرجوع على الضمان لا يتفق مع الأصول الفقهية فى الحوالة لكن يجوز للحاكم التوقيت للمصلحة العامة[٣] .

وأما التظهير من الدفوع .. فقد مثله بعضهم قائلا : « وعلى ذلك إذا كان التزام

---

(٣) يؤخذ هذا من قول صاحب الدر المختار « لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها القاضى لم ينفذ » الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٣٤٢/٤) .

الساحب تجاه المستفيد الأول قد نشأ باطلا أو قد انقضى ثم قام المستفيد بتظهير الشيك (أو الورقة التجارية أيا كانت) تظهيراً تاما إلى الحامل حسن النية وقام هذا بمطالبة الساحب .. فإنه يمتنع على الساحب أن يحاج الحامل ببطلان التزامه(٤).
ولا ينازع أكثر فقهائنا فى عدم صحة الدفع بانقضاء الالتزام مع تعلق ثالث(١) .
ولكنهم يصححون الدفع بأن الالتزام قد نشأ باطلا .. لأن الدين هنا لم يكن قائما قط . بخلافه فى الحالة الأولى . ومع صحة هذا الدفع شرعا فى وجه الحامل حسن النية يجوز للحاكم أن يمنع سماع الدفع فى حق الحامل مطلقا إذا كان فى هذا المنع مصلحة عامة ، وقد قالوا : يجوز للحاكم أن يقيد القضاء ويعلقه بالشرط والإضافة والاستثناء(٢) .

ولا غرو فإنهم فى التشريع التجارى المصرى جعلوا المدين التمسك بعدة دفوع : كالتزوير ، وكشرط عدم الضمان فى نص الورقة ، وكعدم استيفاء البيانات اللازمة لاعتبارها ورقة تجارية، وكالمقاصة — بين دينى المدين والحامل(٣) ، وكلها دفوع معتبرة شرعاً ، ولفقهاء المذاهب نصوص تدعمها - عدا الدفع باستيفاء البيانات اللازمة لا عتبارها ورقة تجارية - وإن كان لا ينوب عمن له الدفع أصالة غيره من سائر الموقعين إلا فى حالة غيبة ، أو بطريق من طرق النيابة الشرعية .

على أن استثناء الدفع باستيفاء هذه البيانات إنما هو بالنظر لأصل الشرع لأن هذه البيانات اللازمة قانوناً فى ترتيبات زمنية جديدة ليس لها ذكر فى نصوص

---

(١) محاضرة أمين بدر ١٢ .

(٢ من الأمثلة التطبيقيه الموضحة لذلك : أن المستفيد الأول إذا كان بائعا محالا بالثمن ثم سقط استحقاقه لرد السلعة بالعيب .. يكون للساحب حق الدفع بانقضاء التزامه تجاهه ..لا تجاه المستفيد الثانى أو أى مستفيد آخر انتقلت الورقة إليه بالتظهير، لتعلق حق الغير .

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣٤٢/٤ .

(٤) أمين بدر ٦٤ - ٦٦ وعلى حسن يونس ١٥٩ - ١٦١ .

الشريعة أو الفقه ، ولكن لايخفى أنه يجوز للحاكم أن يشترط فى سماع الدعوى بصحة العقود تقيد هذه العقود بالكتابة على شكل خاص ، ويترتب عليه قبول الدفع بعدم استيفاء البيانات اللازمة لصحة الورقة . لكن هذا لايجيز للإنسان فيما بينه وبين الله تعالى أن يأكل حق صاحبه الثابت وإن لم يحكم فى القضاء له به .. وبالجملة فالحوالة بتظهير الورقة التجارية هى كأية حوالة أخرى وهذه الدفوع فيها هى دفوع مقبولة فى النظر الإسلامى : فمبدأ التظهير هنا غير وارد بالنظر لأصل الشرع وإن كان مقبولا بالنظر إلى تقييد ولى الأمر .

ثم إن المواضع التى قلنا فيها إن التظهير يعتبر حوالة شرعية إنما يكون التظهير فيها كذلك حينما يكون المسحوب عليه مديناً للساحب فإن لم يكن مدينا له بالدين الذى تثبته الورقة التجارية (ويتصور هذا فى السفتجة والشيك) فإن التظهير لايمكن اعتباره عقد حوالة إلا عند من لايشترط مديونية المحال عليه للمحيل من فقهائنا . وقد يكتفى بوجود عين للساحب لدى المسحوب عليه ، كالوديعة إن كان هذا هو الواقع ، وكان الوفاء مقيداً بتلك العين (برغم اشتراط القانونيين على الراجح أن يكون دين الورقة التجارية ديناً نقدياً) ولكن لابد عند فقهائنا هؤلاء حينئذ من قبول المحال عليه .

أما عند من يشترطون من الفقهاء مديونية المحال عليه فليس التظهير - دون هذه المديونية - إلا تمهيداً لعقد كفالة لاتنعقد إلا بقبول الكفيل وهو المسحوب عليه هنا .. ويعود هنا ما قدمناه عن المالكية (ف / ٢٧١) .

(خامساً)

تظهير أوراق البضائع

الوضع القانونى :

— الأوراق الواردة على بضائع - كوثيقة الشحن (البوليصه) وسند إيداع متاع أو بضاعة فى مخزن عام - ليست أوراقاً تجارية ، لأنها لاتمثل مبلغاً معيناً من

النقود يسهل الحصول عليه ، ومع ذلك فإنه يجوز تداولها فى التقنينات الحديثه بطريقة التظهير ، ويعتبر تظهيرها بمثابة بيع للأعيان التى هى وثائق بها [١] .

الوصف الشرعى :

وهذا فى نظر الفقه الإسلامى يعتبر من قبيل بيع العين المعينة الغائبة ، فيطبق عليه حكم البيع مع الخلاف المعروف فى بيع المبيع الغائب المعين ، من النواحى التالية :

١ — صحته بإطلاق مع إثبات الخيار عند الرؤية للمشترى مطلقاً . (بحسب مذهب الحنفية) .

٢ — صحته بشريطة الوصف الضابط ، مع إثبات الخيار لكلا العاقدين عند مخالفة الوصف .

٣ — عدم صحته إلا إذا وصف وتبين أن الوصف مطابق .

٤ — عدم صحته بإطلاق (بحسب مذهب الشافعية) .

(سادسا)

الخصم [٢]

الوضع القانونى :

الخصم عملية مصرفية تتلخص فى قيام حامل الورقة التجارية (كالسفتجة) بنقل

---

(١) على حسن يونس ٢٢ .

(٢) الخصم لفظ عامى شائع فى العرف التجارى اليوم بمعنى طرح جانب من المبلغ المحدد فى السند مقابل تعجيل دفعه قبل استحقاقه . ويلاحظ أن استعمال الخصم بهذا المعنى ليس له مستند من اللغة .

ملكيتها ، وبالتالى : ملكية الحق الثابت فيها ، عن طريق التظهير إلى المصرف أو سواه قبل ميعاد الاستحقاق مقابل حصول المظهر على قيمتها مخصوماً منها (أى مطروحا) مبلغ معين ، يسمى سعر الخصم (وهو مجموع عمولة المصرف لقاء الاحتفاظ بالورقة وتحصيلها مع فائدة المبلغ (المدفوع إلى المظهر) عن المدة الباقية من تاريخ دفعه إلى تاريخ استحقاق الورقة [1] .

وفى عمليات الخصم مخاطرات : لأن الورقة التجارية قد تكون مسحوبة على غير مدين ، أو على مدين معسر ، وعند الرجوع على المظهر قد يكون هو الآخر معسراً ، وكذا سائر الموقعين — إن كانوا — لأنهم غالباً أبناء مهنة واحدة ، ويتأثرون بأزمات عامة واحدة . ومع أن المصرف يحتاط عادة قبل الخصم بأخذ توقيع المسحوب عليه بالقبول فإن هذا لا يجدى فى حالات التواطؤ [2] .

ولذا فإن المصرف لا يقبل خصم الورقة التجارية إلا إذا كانت توحى بالثقة . بل قد يشترط شروطا تأمينية خاصة .

وللمصرف أن يكرر الخصم لدى مصرف آخر أو لدى المصرف المركزى [3] .

حكم الشريعة الإسلامية على هذه المعاملة :

هذه المعاملة (عملية الخصم) باطلة من وجهة النظر الإسلامى : فهى لا تصح حوالة (من المظهر للمصرف الخاصم على المسحوب عليه ، ولو كان مديناً (لفوات شريطة التساوى بين الدين المحال به والدين المحال عليه : لأن الدين المحال به هو المبلغ الذى يدفعه المصرف الخاصم ، إلى من قام بتظهير الورقة إليه ، والدين المحال عليه هو الذى تثبته الورقة ، وقد علمنا فرق ما بينهما .

وكذا لا تصح قرضاً من المصرف الخاصم وتوكيلا من المظهر فى استيفاء بدل

---

(١) محاضرة خصم الكمبيالات : للوزير فرج ١ وعمليات البنوك ٧٢ و٧٣

(٢) محاضرة (خصم الكمبيالات) للوزير فرج ١٣ .

(٣) عمليات البنوك ٧٤ و ٧٥ .

القرض من المسحوب عليه : لأنه حينئذ قرض جر نفعاً ، لمكان عدم التساوى ، كما أسلفنا .

ولا تصح أيضاً على سبيل بيع الدين لغير من هو عليه عند من يصححه ، لأن العوضين هنا من النقود ، ولا يجوز بيع النقود بجنسها مع التفاضل ، وعند اختلاف الجنس يجب التقابض .. فهذه العملية (الخصم) تضاف إلى عمليات التسليف بالفائدة التى تقوم بها المصارف ويشملها كلها نظر شرعى واحد .

(سابعاً)

الاعتماد المستندى

الوضع القانونى :

هو اعتماد (مالى) يفتحه المصرف ، بناء على طلب شخص يسمى الآمر لمصلحة عميل لهذا الآمر ، ومضمون بحيازة مستندات ممثلة لبضاعة مستحقة للآمر لدى عميله المذكور .. ويستوى أن يكون طريق التنفيذ بالوفاء أو بقبول السفتجة [1] .

يتضح من هذا التعريف أن فتح الاعتماد هو عبارة عن عهدة مالية يلتزم بها المصرف عن شخص لمصلحة آخر فى صفقة تجارية .. ولنضرب له مثالا يوضحه :

تاجر فى انجلترا باع بضاعة لتاجر مصرى وقد لا تكون بينهما ثقة متبادلة أو تكون .. ولكنهما يؤثران الحيطة لاسيما والمستقبل غيب ، وقد يحدث ما ليس فى الحسبان .. فيطلب البائع من المشترى توسيط مصرف يثق به .. فيتعهد المصرف بتأديه الثمن المحدد للبضاعة إلى البائع تعهداً معلقاً على تقديم البائع إلى المصرف الوثائق المستندية التالية :

١ — مستندات شحن البضاعة فى الميعاد المتفق عليه .

(١) عمليات البنوك ١١٤ .

٢ ـــ وثيقة تأمين تغطى جميع الأخطار المنصوص عليها فى الاعتماد .

٣ ـــ القائمة (الفاتورة) ولا بد أن تطابق الوارد فى الاعتماد مطابقة تامة . دون اختصار أو اكتفاء بتعميم عن تخصيص .

فهذا التعهد من المصرف يسمى : فتح اعتماد ويخبر به البائع لكى يشحن البضاعه اعتماداً عليه .

والغالب أن يكلف المشترى بفتح الاعتماد مصرفا فى بلده (مصرياً فى مثالنا) وهذا يرسل خطاب الاعتماد إلى مصرف فى بلد البائع (انجليزى فى مثالنا) ليبلغ البائع باستعداده للتنفيذ نيابة عن المصرف المصرى . . وقد يكون هذا المصرف الثانى مديناً أصليا للبائع بمجرد تبليغه فتح الاعتماد لديه ، لا مجرد وكيل بالقبض عرضة للعزل فى أى وقت . ويسمى الاعتماد حينئذ : اعتماداً « مؤيداً » . ولا يكون الاعتماد المؤيد إلا من قبيل الاعتمادات النهائية : أى التى بمجرد تبليغها إلى المستفيد تصير غير قابلة للرجوع . . ولو أفلس الآمر ، أو أمر بإلغاء الاعتماد ، أو ثبت بطلان البيع.. ما لم تحكم محكمة بصحة الرجوع فى هذا الاعتماد بسبب ما .. رغم أن الأصل عدم جواز الرجوع فيه .

أما الاعتمادات القابلة للإلغاء بحسب رغبة المصرف أو الآمر فهى ـــ وإن كانت أقل تكاليف ـــ قلما يعول عليها اليوم ، لأنها لا تعطى البائع التأمين الكافى الذى يريده ولا تقبل التأييد .

وإذا قدم البائع المستندات المطلوبة ودفع له المصرف الثانى الثمن ، ضم المصرف المذكور هذه المستندات إلى الورقة التجارية المثبتة دفعه الثمن للبائع (الإيصال) وأرسل الوثائق كلها إلى المصرف الأول (المصرى) ليقوم بتأدية مبلغها مع المصاريف (ومنها العمولة) إلى المصرف الثانى فى بلد البائع .

وللمصرف الأول (المصرى) أيضاً عمولته المتفق عليها يستوفيها وسائر التوابع مع مبلغ الاعتماد من المشترى .

فإن أبى المشترى الدفع ، كان للمصرف المصرى حق بيع البضاعة ، لأنها مرهونة

بحقه ، وقلما تكفى ، وليس له حق الرجوع جبراً على البائع بحال .. مهما تكن الأسباب : لأن العملية بطبيعتها تتضمن نزول المصرف فاتح الاعتماد عن حقوقه المصرفية تجاه البائع ، ليطمئن هذا البائع إلى نهائية الوفاء .

فإذا أخطأ المصرف ، فدفع المبلغ وكانت المستندات غير مطابقة ، فلا رجوع له على الآمر (المشترى) كما لارجوع له على المستفيد (البائع) لأنه هو المقصر .. وقد كانت لديه المهلة الكافية للتأكد من سلامة هذه الوثائق ومطابقتها ، إلا إذا كان المصرف قد شرط الرجوع على المستفيد عنـــد رفض الآمر المستندات مثلا(١) .

حكم الشريعة الإسلامية على هذه المعاملة :

هذه المعاملة صحيحة إجمالا فيما يبدو من وجهة نظر الفقه الإسلامى ، على أحد الأسس الآتية :

الأساس الأول :

توكيل ورهن : فيمكن تخريج هذه المعاملة على أنها تتضمن عقد وكالة بعوض فى أداء دين (هو حق المستفيد على الآمر) وفى تسلم مستندات البضاعة قبل الأداء .. فالتوكيل بالأداء مقيد بكونه بعد تسلم المستندات الصحيحة ، والوكالة المقيدة يلتزم فيها قيدها .. وهذا التوكيل يتضمن رهنا ضمنياً للبضاعة لدى الوكيل إلى أن يستوفى الثمن الذى وكل بأدائه من ماله ، وهو رهن ضمنى مستنده العرف وتثبته نصوص القوانين .

وهذا التخريج الفقهى يفسر لنا أموراً مهمة فى هذه المعاملة ، وهى:

١ — نهائية الالتزام وعدم قبوله الرجعية من جانب الوكيل (وهو هنا المصرف الوسيط فاتح الاعتماد) لأن الوكيل بأجر يجب عليه القيام بما وكل فيه ويجبر

---

(١) عمليات البنوك / ١١٢ — ١٥٨ ومحاضرة أمين بدر / ١٦ — ٢٤

على ذلك ، لاسيما أنه تعلق بالوكالة هنا حق الغير : وهو البائع[١] . كما أن عقد القرض — بمجرد انعقاده — لازم عند المالكية من جانب المقرض ليس له الرجوع فيه حتى ينتفع به المقترض على العادة فى مثله[٢] .

والمقرر عرفاً وقانوناً فى هذا الشأن أنه إذا أصر الموكل (فى مسألة فتح الاعتماد) على الامتناع عن الدفع بغير حق وتعذر الاستيفاء منه ، كان للمصرف حق التصرف فى البضاعة ليستوفى حقه بأن يبيع منها بقدر الحاجة .. وهذا سائغ عند فقهاء الشريعة دون رجوع إلى القاضى إذا كان عن شرط ، بل له ذلك عند الشافعية من غير تعذر الاستيفاء مادام الخصم ممتنعاً عن دفع الحق الثابت عليه[٣] .

٢ — عدم مساءلة المصرف بعد قيامه بالدفع وفق شروط الاعتماد مهما تكن حال البيع نفسه ، إذ لاشأن المصرف بذلك ، فإن الوكيل بالإقباض ليس وكيلا فى عقد مالى ، فلا عهدة عليه ، كالرسول[٤] .

٣ — نهائية الالتزام من جانب الآمر (وهو المشترى طالب فتح الاعتماد) فيكون الاعتماد من هذه الناحية غير قابل الإلغاء ، على أساس أنه توكيل تعلق به حق الغير فيمتنع على الآمر الموكل الرجوع عنه .

ملاحظة :

قد يرد على هذا الحل أنه قاصر لايفسر لنا كون المصرف يصبح مديناً أصلياً للمستفيد حل محل الآمر فبرئت بذلك ذمة الآمر تجاه المستفيد كما هو الحكم المقرر قانوناً .

وحينئذ يمكن إحلال الحوالة محل الوكالة فى هذا التخريج ، فنعتبر معاملة

---

(١) رد المحتار ٤/٤٠٩ و ٤١٠ .

(٢) الخرشى على خليل ٤/١٤٢ .

(٣) السراج الوهاج ٦١٤ والشرقاوى على التحرير ٢/٥١١ .

(٤) البحر الرائق ٧/١٩٦ وبدائع الصنائع ٦/٢٥ .

معاملة الاعتماد المستندى حوالة على المصرف فاتح الاعتماد بأمر الآمر . فيكون له عليه حق الرجوع بعد الأداء ، ويكون المستفيد (البائع) محالا قد قبل الحوالة بقبول فتح الاعتماد لمصلحته ويبرأ تجاهه الآمر ، وهو هنا المشترى طالب فتح الاعتماد كما نوضحه فى الأساس الثانى .

الأساس الثانى :

وقد يسعنا أن نقول استناداً إلى وجهة نظر أخرى : أنه حين ينص على نهائية الالتزام من طرفيه — أو يكون ذلك كالمنصوص — يكون الآمر إذا محيلا بدين المستفيد على المصرف الوسيط فاتح الاعتماد . ورضا الأطراف الثلاثة قائم وليست هذه حوالة معلقة على شرط (تسليم المستندات) بل حوالة مطلقة منجزة بدين مؤجل يحل عند تقديم هذه المستندات . وقد قبلها المحال عليه (المصرف الوسيط) بأمر المحيل . فيحق له الرجوع عليه .

وقد يدفع الآمر جانبا من المبلغ الاعتماد مقدما إلى المصرف . ففى هذه الحال يكون طلب فتح الاعتماد توكيلا بالأداء إلى الدائن فيما قدمه الآمر وحوالة فى الباقى .

لابأس فيها بالعمولة المصرفية .. لأنها منفصلة عن الحوالة ، فليست حوالة بأجر حتى يقال إن ذلك يتنافى مع طبيعتها من كونها عقد إيفاء واستيفاء لاغير .. أو عقد إرفاق .. إنما هى أجرة مستحقة لأجير (هو المصرف) على الأعمال الكثيرة التى يقوم بها كما حررناه فى بحث التحويل المصرفى .

وقد يعترض على هذا الحل بأنه لايطابق ماهو مقرر فى التقنينات الحديثة من أنه لاعلاقة للمصرف الذى أصدر الاعتماد بصحة البيع أو بطلانه .

ذلك لأن الحوالة — من الوجهة الشرعية الإسلامية — تبطل إذا تبين بطلان البيع الذى بنيت عليه . وإذا كان المحال عليه قد دفع إلى المحال فإنه يتخير بين الرجوع على القابض ، لفساد قبضه ، والرجوع على المحيل ، كما فى الحوالة الصحيحة

وللرد على هذا الاعتراض يلزم توضيح الفارق بين نظرة الفقه الإسلامى إلى الحوالة ، وبين موقف التقنينات الحديثة فى الاعتماد المستندى ...

فالفقه الإسلامى يجعل بين الحوالة والبيع الذى أحيل فيه بالثمن أو عليه علاقة وثيقة ، فإذا تبين بطلان البيع كان طبيعياً أن تبطل الحوالة المرتبطة به .

أما الاعتماد المستندى فينظر إليه القانونيون نظرة مستقلة تماماً عن البيع الذى فتح الاعتماد تنفيذاً له ، لاختلاف أطرافه وأساسه القانونى .. ولذلك كان طبيعياً عندهم ألا يتأثر الاعتماد ببطلان البيع .

على أن هذا الفارق نظرى ، إذ النتائج من الناحية العملية واحدة ، ففى الاعتماد المستندى يرجع المصرف على الآمر فاتح الاعتماد بالقيمة طالما أنه نفذ التزامه بتسليمه المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد ، بصرف النظر عما إذا كان عقد البيع صحيحاً أو باطلا(١).

وفى الفقه الإسلامى ، يرجع المحال عليه (المصرف هنا) بعد أداء القيمة إلى البائع (المحال) على الآمر فاتح الاعتماد (المعتبر محيلا) فى كل الأحوال ، أى سواء أكان البيع صحيحاً أم باطلا ، كما أن للمصرف ـ بمقتضى مذهب الحنفية ـ الخيار — فى حالة تبين بطلان البيع — بين الرجوع على المحيل وبين الرجوع على المحال القابض (البائع فى مثالنا) فالنظر القانونى إنما قطع فقط طريق الرجوع على القابض .. وبذا يتبين أن النتائج العملية واحدة وإن اختلف الأساس النظرى .

الأساس الثالث :

إن البحث فى الاعتبارين السابق شرحهما لتخريج الاعتماد المستندى على أساس

---

(١) بخلاف ما إذا كان المصرف قد قصر فى تسليم المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد ، فلا يلتزم الآمر حينئذ بدفع القيمة له ، ومرجع ذلك إلى مخالفة المصرف لالتزامه هو ، بصرف النظر كذلك عما إذا كان عقد البيع صحيحاً أو باطلا .

من العقود التقليدية فى كتب الفقه ، لا يعدو أن يكون محاولة لتصنيفه على أساس هذه العقود .

على أنه قد سبق أن بينا أن الأصل فى المعاملات جواز استحداث ما يتلاءم مع الحاجات المتجددة المتنوعة طالما لم يصادم العقد المستحدث أصلا شرعيا .

وهذه التخريجات الثلاثة نقدمها على أساس تجريد الاعتماد المستندى مما ليس لازماً قانوناً له مما قد يكون فيه شبهة أو خلاف فى وجهة النظر الشرعية بين فقهاء العصر، كالتأمين على البضاعة ، إذ يجوز أن يفتح الاعتماد دون اشتراط وثيقة التأمين ضمن المستندات التى يلتزم المصرف بتسليمها ، فيمكن اعتباره بعد ذلك عقدا جديداً تدعو إليه مصلحة التجارة المشروعة (١).

(ثامنا)

حوالة الذمة(٢)

---

(١) إسقاط التأمين من التجارة الخارجية ، ومن ثم من وثائق الاعتماد المستندى ، هو قول غير عملى بالإطلاق . . ولكن للتأمين طرق مشروعه (أنظر « التأمين بين الحل والتحريم » للمؤلف)

(٢) الذمة المقصودة هنا هى الذمة بالاصطلاح القانونى ، أى مجموع الحقوق والإلتزامات ، وهى تختلف فى مفهومها عن الذمة فى اصطلاح الفقه الإسلامى الذى يعطيها معنى المستودع المقدر فى الذات الإنسانية المستقر فيه تقديراً كل الديون التى تلحق الشخص مما هو ملتزم به ، فلا يدخل فيها ما يملكه هو .. ومن ثم كان مفهوم الذمة فى القانون حصيلة مالية تتكون بين ما له وما عليه ، فهى ذمة مالية . أما فى الفقه الإسلامى فالذمة شخصية .

ومن ثم تنحل الذمة عند علماء القانون إلى عنصرين : (عنصر إيجابى) وهو ما يملكه الشخص من حقوق ، (وعنصر سلبى) وهو ما عليه من ديون والتزامات ولمزيد الإيضاح لمعنى الذمة فى الفقه وفى القانون ، ووجوه الوفاق والفرق بينهما ينظر الجزء الثالث من سلسلة (الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد) للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا (ف/١١٧—١٣١) .

الوضع القانونى :

تجيز بعض التقنينات الحديثة أن ينقل الشخص جميع محتويات ذمته القانونية — أى ماله من حقوق وما عليه من التزامات ، تحديداً أو تقريباً — بجملتها إلى مالك جديد ، أو أن ينقل جميع حقوقه دون التزاماته إلى مالك جديد .

ونظراً لأن بإمكان المدين أن يلجأ إلى هذا التصرف الأخير بسوء نية إضراراً بدائنيه ، فتضيع ديونهم لإفلاسه أو فراره وعدم مسئولية المـــالك الجديد ، أو صعوبة إثبات هذه المسئوليه ، لذلك اتجه التقنين الحديث إلى وضع ضمانات للدائنين تتمثل فى اعتبار المالك الجديد (المتصرف إليه) متضامناً بحكم القانون مع المتصرف تجاه دائنيه ، وعدم الاعتداد بأى اتفاق كان بين المتصرف والمتصرف إليه يخالف هذا التضامن المفروض بينهما بقوة القانون[1] .

وحكم الشريعة الإسلاميه على هذه الحوالة :

إن تحويل الذمة القانونية يجب التفصيل فيه — من حيث علاقة هذه المعاملة القانونية بالحوالة بين ما إذا وقع التصرف (سواء أوقع باسم الحوالة أو البيع) من صاحب الذمة على الجانب الإيجابى من ذمته ، أى على ما يملكه فيها فقط ، وبين ما إذا وقع منه التصرف على ذمته القانونية كلها جملة بعنصريها الإيجابى والسلبى ؛ أى على ما يملكه فيها وما عليه من ديون والتزامات لغيره ، بحيث يحل محله المتصرف إليه (مشترياً أو محالا) فى امتلاك كل ما هو له ، وفى تحمل كل ما هو عليه للغير .

(١) ففى الحالة الأولى ، أى اقتصار التصرف على الجانب الإيجابى من الذمة لا يكون لهذا التصرف علاقة ما بالحوالة الشرعية فى نظر الفقه الإسلامى ، (وإن سمى هذا التصرف حوالة بلغة القانون) لأنه فى حقيقة الأمر بيع من

(١) المادة/١١٩ من القانون الألمانى ، والمادة/٤٧٩ من القانون المدنى اليونانى وحوالة الدين للدكتور عبد الودود يحى /٣٠١ — ٣١٢ والمادة / ١٨١ من قانون الالتزامات السويسرى .

الإنسان لجميع ممتلكاته سوى ما يستثنيه العقد نصاً أو عرفاً (كالثياب التى على بدنه مثلا) . ذلك لأن الذمة القانونية هى حصيلة مالية يدخـــل فى عنصرها الإيجابى ما يملكه الإنسان من أعيان وماله من ديون على غيره ، وبتعبير آخر فى اصطلاح القانون : ما له من حقوق عينية وشخصية .

وحوالة الحقوق فى القانون هى بيع أو هبة لها مهما كان نوع الحق المبيع أو المحول .. فيطبق على هذا التصرف أحكام البيع فى الفقه الإسلامى إن كان بعوض من حيث شرائط المبيع والثمن وغيرهما من شرائط مقومات البيع ، أو تطبق عليه شرائط الهبة إن كان بغير عوض .

وكل ما فى الأمر أن القانون هنا يتدخل لحماية دائنى المتصرف من سوء نيته المحتمل فى قصد تهريب أمواله وحقوقه من وجوههم ، فيفرض القانون تضامناً بين المتصرف والمتصرف إليه (البائع المشترى) . وهذا التضامن الجبرى هو كفالة يفرضها القانون بينهما للمصلحة العامة فى حماية الحقوق ، لاعلاقة لها بمفهوم الحوالة لا شرعاً ولا قانوناً .

ولا يمكن وصف هذا التصرف فى الجانب الإيجابى من الذمة بأنه حوالة حق فى الفقه الإسلامى ، لأن حوالة الحق فى فقهنا يجب فيها أن يكون الحق دينا لصاحبه ثابتا فى ذمة غيره (بالمعنى الفقهى للدين وللذمـــة) ، وأن يكون محيله مدينا للمحال .

والمتصرف إليه فى حوالة الجانب الإيجابى من الذمة القانونية (وهو هنا فى موقع المحال) ليس دائنا لصاحب الذمة المحيل ، بل هو مشتر منه قد حل محله فى ملك حقوقه التى تشمل ما يقال له فى عرف القانونيين (أمواله المادية وغير المادية) .

يتضح من ذلك أن هذا التصرف الجزئى فى جانب من الذمة القانونية (الجانب الإيجابى) يخرج عن مفهوم الحوالة بمعناها المقـــرر فى الفقه

الإسلامى خروجا تاما ولا صلة له بهـ ، وإن سمى فى التعاقد وفى لغة القانون حوالة .

(ب) أما فى الحالة الثانية (أى وقـوع التصرف على ذمة المتصرف كلها بعنصريها الإيجابى والسلبى) فإن هذا التصرف بالنسبة للجانب الإيجابى من الذمة يقال فيه ماقلنا فى الحالة الأولى ، أى إنه يعتبر بيعا لـكل مايملك المتصرف من حقوق ، ويثبت فيه تضامن جبرى بحكم القانون بين الطرفين المتصرف والمتصرف إليه تجاه غرماء الأول .. ولا صلة له بمعنى الحوالة فقها .

أما بالنسبة للجانب السلبى وهـو الديون التى على المتصرف لدائنيه فإنه حوالة دين بـكل معنى الـكلمة فالمتصرف محيـل ، وغرماؤه الدائنون له محالون (على مذهب من لايشترطون رضا المحال) ، والمتصرف إليه محال بهذه الديون .

ولا يضير الدائنين فى هذه الحال أن يعتبروا محالين دون رضاهم مادام القانون قد فرض التـكافل بين المتصرف والمتصرف إليه لمصلحتهم ، فأصبحت ديونهم مضمونة بذمتين بعد أن كانت بذمة المتصرف المدين وحده .

هل يجوز لولى الأمر هذا التدخل ؟

وهنا يثور التساؤل : هل يجوز فى نظـر الفقه الإسلامى أن يتدخل ولى الأمر فيفرض فى التزامات المتصرف وديونه تضامنا بينه وبين المتصرف إليه ، ولو لم يتفقا على ذلك حماية لدائنى المتصرف من تهريب أموال مدينهم ؟

لايوجد فى أصول الشريعه ما يمنع ولى الأمر من اتخاذ مايراه من التدابير لحماية الدائنين من تلاعب المدين ومحاولته التهرب من وفاء ديونه ولذلك سوابق فى تاريخ الفقه الإسلامى :

فيرى الإمام مالك أن المدين — قبل الحجر عليه لايجوز له إتلاف شىء من ماله بغير عوض إذا كان مما لايلزمه ومما لاتجرى العادة بفعله ، ويجوز بيعه وابتياعه

مالم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لايتهم عليه .. واختلف قول مالك فى قضاء بعض غرمائه دون بعض وفى رهنه (١) .

إذا كان الإمام مالك لم يصل إلى درجة إبطال تصرفات المدين بعوض أو بعدم نفاذها فى حق الدائنين ، فإن رأيه فى الجملة يعتبر خروجاً على القاعدة الأصلية ، من نفاذ تصرفات المدين — قبل الحجر عليه — سواء فى ذلك تبرعاته ومعاوضاته، حماية للدائنين » وهو نفس الاتجاه الذى نحن بصدد بحثه .. وقد سار الاجتهاد المالكى على نفس هذا هذا المنهج حين أبطل الوقف إذا تقدمه دين ، ما لم يرض الغرماء .

وقد أفتى كذلك العلامة المولى أبو السعود من متأخرى الحنفية ـ فى معروضاته ـ بعدم جواز وقف من وقف هرباً من الديون ، وذكر أنه صدر الأمر السلطانى بمنع القضاة من الحكم بالوقف بمقدار ماشغل بالدين (٢) .

ومعنى هذا أن المدين يعتبر محجوراً عن الوقف من تلقاء نفسه بالأمر السلطانى دون حاجة إلى حجر قضائى فيما يعادل الدين من أمواله ، فإذا كان فى أمواله غير ماوقفه منها وفر يفى بالدين نفذ الوقف ، وإلا توقف على إجازة الدائنين .

وهذا ما استقرت عليه فتاوى المتأخرين من الفقهاء) (٣) .

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣١٢ .

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/٣٩٥ ، وأحكام الأوقاف للأستاذ مصطفى الزرقا (ف / ٩٠ - ٩١) .

(٣) أحكام الأوقاف للأستاذ الزرقا (ف / ٩٠ - ٩١) .

بقى أن يقال : إن إعطاء هذه الصلاحية لولى الأمر العام يؤدى إلى إمكان أن يتصرف هذا الحاكم بحسب هواه فى تغيير الأحكام الاجتهادية ، وتقييدها بأوامر أو قوانين زمنية يصدرها وهو قد لايهمه موافقتها لقواعد الشريعة .

وقد يكون هو جاهلا أو فاسقاً لايبالى تهديم الشريعة فكيف تجب طاعته شرعاً فى هذه الأوامر ؟ !

والجواب :

إن النصوص الفقهية التى تعطى ولى الأمر هذه السلطة إنما هى مفروضة فى إحدى حالتين :

والخلاصة أنه لا يوجد فى أصول الشريعة ما يمنع ولى الأمر من أن يعتبر الجانب السلبي من الذمة مضموناً بذمة من انتقل إليه الجانب الإيجابى .

وطبيعى إذن أن تكون مسئولية المتصرف إليه محصورة بقيمة الجانب الإيجابى الذى انتقل إليه فإذا زاد الجانب السلبي عن الجانب الإيجابى لم يكن للدائنين عليه من سبيل فيما يزيد (١) وهذا كحالة دائنى الميت حيث تقضى ديونهم من تركته قبل توزيعها على الورثة ، فإذا لم تف التركة بالديون لا يسأل الورثة بشيء ؛ فقد يكون المتصرف إليه حسن النية وجديراً لذلك بحماية ولى الأمر شأن الدائنين الذين يتدخل لحمايتهم (٢) .

= — إما أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم والتقوى والاجتهاد فى الشريعة ، كما كان فى الصدر الأول من العهد الإسلامى وإما أن لا يكون عالماً مجتهداً ، وعندئذ لا يكون لأوامره هذه الحرمة الشرعية والاعتبار إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم والتقوى من فقهاء الشريعة وموافقتهم عليها . (المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقا ف ٧٠ ـ فى الحاشية ، الطبعة الثامنة) .

(١) وهذا ما قد نص عليه القانونان الألمانى واليونانى المشار إليهما .

(٢) جرى القضاء الألمانى على تطبيق حكم المادة / ٤١٩ مدنى .. ليس فقط على حالة انتقال مفردات الذمة جملة ، بل كذلك على حالة انتقال مفردات الذمة بعقود مستقلة سواء إلى شخص واحد أو عدة أشخاص .. واشترط كثير من أحكام القضاء الألمانى ، وخاصة الحديثة منها ، أن يكون المتصرف إليه عالماً بأنه يتصرف إليه فى الذمة بأكلها وذلك فى حالة ما إذا كان التصرف منصباً على شيء معين هو فى الواقع كل الجانب الإيجابى من ذمة المتصرف ، أى كل ما يملك .

خاتمه

فى ختام هذه الصفحات المحدودة العدد والقيمة . . أعيد ما ذكرته من قبل فى بعض الهوامش .. من حيث الإجلال والإكبار للتراث الإسلامى الغنى بمواده كما (بتشديد الميم) ومستوى .. ثم أقول بأن حجبه عن الدارسين قد كان واحدا من أمضى الأسلحة التى حرص المستشرقون والمبشرون والمستعمرون على شهره فى وجه الأمة الإسلامية . . وهى لا تدرك خطورته .. ولقد كان ذلك من عام ١٨٥٤ (فى بعض مراحل الدراسات الجادة للقضاء على الدولة العثمانية . . ثم تمزيق أرض المسلمين .. كما كان من عام ١٨٥٦ وهو عام المخاض لشىء يقال له « القانون الدولى » والشرعية الدولية .. وما هما إلا صياغات ماكرة بارعة .. لإيهام العالم بأن ما يجرى فى دولة الإسلام هو عمل قانونى مشروع !!

* * *

ولسنا هنا بصدد الشرح المناسب لبداية المأساة من أواسط القرن التاسع عشر إلى عهدنا الحاضر .. ولعلنا نرجع إلى هذا الأمر فى مؤلف خاص، إن شاء الله تعالى ، ولكن محل النظر هنا .. هو ذلك التخلف فى ثقافتنا نحن الدارسين على مناهج الفرنجة مع الغفلة التامة عن شرع الله . . وإذ كان المؤلف واحدا من الذين اصطلوا بهذه النار المحرقة .. فقد حرص على تدريب أبنائه الطلاب على الرجوع إلى أمهات الكتب القديمة الراسخة فى العلم . . للاطلاع واختيار النصوص الوثيقة الصلة بموضوعات الدراسة .. وكان ذلك من عام ١٣٨٥ هـ حين كنت مسئولا عن بعض مواد الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون فى جامعة الأزهر .. فعنيت باختيار المراجع ، وقدمت بعضها على سبيل الإعارة المؤقتة للدارسين . . توفيرا لوقتهم ولإعفائهم من تكلفة اقتناء الكتب .. ومنها ما هو باهظ الثمن ..

* * *

ولقد استمر هذا المنهج ، على فترات ، إلى الآن . . وفى غضون هذا التدريب فى جامعة الأزهر وفى جامعة الملك عبد العزيز وفى معهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة رأيت بوضوح تفوق الدارسين الذين ونيبدأ حياتهم بحفظ القرآن

الكريم أو حفظ بعضه . . والنظر فى علوم القرآن ومراجع السنة . . وكسب بعضهم ثقتى حتى أسندت إليه إعداد بعض النصوص التى تلزمنى من آن لآخر . .

* * *

ومن الوفاء لهذا الشباب . . أرى أن أشيد بجهودهم المخلصة .. ذلك أن منهم من كان يعمل راغبا فى العلم دون أن يشترط القيد لنيل درجة أو للحصول على جزاء مادى.

ومن هؤلاء الذين أذكرهم بالخير ، شباب ورجال . . لازلت أحفظ أسماءهم كاملة أو بأشهر ما عرفوا به . . وأملى كبير فى أن يتابعوا التحصيل ، وإيثار المعرفة الحقة على ما سواها من مشاغل الحياة ومتاعها . . ومن هؤلاء العاملين فى صمت وفى إخلاص السادة :

الشيخ خليل الميس : شيخ أزهر لبنان

الشيخ رشيد قباني : بدار الإفتاء فى لبنان ثم من رجال القضاء فى لبنان

الشيخ العبادى : ؟

السيد محمد أحمد الهوارى : الجهاز المركزى للتعبئة العامة والإحصاء .

السيد أحمد اسماعيل يحيى : « « « « « «

* * *

وغنى عن البيان أن كل كلمة ظهرت فى هذا الكتاب أو فى غيره من الكتب التى أصدرها . . راجعتها مرات . . بحيث إنى أتحمل المسئولية عنها منفرداً ،

وبالله التوفيق

الجيزة فى شوال ١٣٩٧ هـ — المؤلف

١٢ شارع النيل بالجيزة ت ٨٩٠٧٧٢١ — عيسى عبده

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٣
كلمة معالى مدير الجامعة الأستاذ الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى عن ظروف إنشاء هذه الجامعة — لمحة موجزة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية	٥
كلمة معالى مدير الجامعة الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى فى افتتاح المؤتمر	٧
مقدمة وتلخيص لمادة البحث — تمهيد	٩
القدر الذى تركناه	١٠
الزكاة عقد	١٠
خطة العمل	١٣
الخلاصة الوافية	١٤
العقود فى كلمات — أشكال المشروعات	١٧
الشركة	١٨
العقود	١٩
الضمان — الوديعة	٢٠
الأمن	٢١
القرض	٢١
الحوالة	٢٢
خاتمة	٢٣

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول ـ أشكال المشروعات	٢٥
أشكال المشروعات العامة والمشروعات المؤممة	٢٧
الشركة	٣٢
الشركة : الجوهر والشكل ـ نشأة الشركات	٣٣
أنواع الشركات	٣٤
الشركة عقد	٣٦
اتجاه محمود	٣٧
هذه القوانين	٤٠
قانون الشركات فى انجلترا	٤٥
الشركة : تعريفها وأقسامها	٤٨
أركان الشركة	٦٣
شروط الشركة وأحكامها	٦٤
تصرف الشركاء فى المال وغيره	٧٣
إذا ادعى أحد الشركاء تلف المال ونحو ذلك	٧٩
المبحث الثانى ـ العقود	٨٣
العقود	٨٥
معنى العقود فى أقوال المفسرين	٨٥
المبحث الثالث ـ الضمان	٨٩
تمهيد للبحث فى الضمان	٩١
الضمان فى اللغة	٩١
الضمان فى القرآن الكريم	٩٣
الضمان فى الفقه الإسلامى	٩٤
الضمان عند الشافعية	٩٥

الموضوع	الصفحة
أقسام الضمان	٩٥
أركان الضمان	٩٦
ما يبطل الضمان	٩٦
بحث المضمونات	٩٧
المضمونات أقسام	١٠٠
أسباب الضمان	١٠١
عقود الأمانات وما يضمن مما يندرج تحتها .	١٠٤
ضمان الأموال بالعقد واليد	١٠٧
هل يثبت الضمان مع ثبوت يد المالك	١٠٨
الظن فى الملك هل يسقط الضمان أو الأحكام المبنية على الظن	١١٠
المبحث الرابع — الوديعة	١١٣
الوديعة فى كتب اللغة	١١٣
الوديعة فى مفهوم المفسرين	١١٤
الوديعة فى الحديث الشريف	١١٥
الوديعة فى الفقه الإسلامى	١١٧
خلط الوديعة	١١٩
متى يضمن المستودع بخلطه	١٢٠
أنواع الخلط	١٢٠
التعدى بالاستعمال الوديعة	١٢١
الإنفاق على الوديعة	١٢٣
نتاج الوديعة	١٢٤
كراء الوديعه	١٢٤

الموضوع	الصفحة
أخذ الحق من الوديعة	١٢٥
لمن يدفع المودع الوديعة للحفظ	١٢٥
الوديعة بعد موت المودع المدين	١٢٦
المبحث الخامس — الأمن	١٢٧
مادة أمن فى كتب اللغة	١٢٧
التعريف بالتأمين	١٣٠
أركان التأمين كعقد من العقود	١٣١
خصائص عقد التأمين	١٣٣
الوظائف التى يقوم بها التأمين	١٣٤
آراء العلماء المعاصرين فى عقد التأمين	١٣٧
رأى المرحوم الشيخ محمد بخيت المطيعى	١٣٩
رأى الشيخ محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى	١٤١
رأى الاستاذ أحمد طه السنوسى	١٤١
رأى الأستاذ مصطفى الزرقا	١٤٣
الأمن والتأمين — نظرة موضوعيه	١٣٧
الحاجات وإشباعها	١٤٩
الأمن بوجه خاص	١٤٩
الدولة	١٥٠
الوظيفة والعضو الذى يؤديها	١٥١
التأمين التجارى	١٦٠
الآثار الاقتصادية للتأمين التجارى	١٦٣
الدراسة النظرية	١٦٣
صور خاصة	١٦٩

الخلاصة ١٧٠
أهم المراجع لبحث (التأمين) ١٧١

المبحث السادس ــ القرض والقراض ١٧٣

مادة « قرض » فى معاجم اللغة ١٧٤
مادة القرض فى القرآن الكريم ١٧٦
القرض فى كلام علماء التفسير ١٧٨
القرض فى كلام علماء الحديث ١٨٣
فضيلته (أى فضيلة القرض) ١٨٥
باب استقراض الحيوان والقضاء من الجنس فيه وفى غيره ١٨٦
جواز الزيادة عند الوفاء والنهى عنها قبله ١٨٧
عقد المضاربة أو القراض ١٨٩
تعريف المضاربة ١٩٠
سند مشروعيتها ١٩٠
شروط المضاربة الصحيحة ١٩١
ما يجوز للمضارب أن يفعله ١٩٣

المبحث السابع ــ الحوالة ١٩٩

الحوالة ــ لمحة تاريخية ١٠١
سبق الشريعة الإسلامية فى تنظيم الحوالة ٢٠٣
أثر التنظيم الإسلامى للحوالة على المعاملات فى أوربا ٢٠٤
الحوالة فى الفقه الإسلامى ٢٠٧

تعريف الحوالة لغة وشرعا ٢٠٧
وبعض الأسماء الاصطلاحية فيها ٢٠٧

الموضوع	ص
تعريف الحواله شرعا عند الحنفية	٢٠٨
أساس هذا التعريف والخلاف فيه عند الحنفية	٢٠٩
تعريف الحوالة عند غير الحنفية	٢١٢
تحليل تعريف الحوالة	٢١٨
إنشاء الحوالة : مقوماتها وشرائطها	٢١٩
عرض مقومات الحوالة إجمالا	٢١٩
شبهات حول الحوالة فى الشريعة الإسلاميه والرد عليها	٢٢٣
أولا	٢٢٥
ثانياً	٢٢٨
ثالثاً	٢٣٤
رابعاً	٢٣٥
بعض معاملات معاصرة ذات صلة بالحوالة	٢٣٩
تمهيد	
(أولا)	٢٤١
التحويلات المصرفية والبريدية	
الوضع القانونى	
الوصف (التكييف) الفقهى الإسلامى	٢٤٢
(أولا) : أن يتقـدم إنسان للمصرف ويطلب تحويل النقود إلى مصرف آخر	٢٤٥
(ثانيا) : قيام الطالب بدفع النقود إلى موظف المصرف	
(ثانياً) : إعطاء المصرف لطالب التحويل صكا (شيكا) بالمبلغ المطلوب	٢٤٨
(الحالة الأولى) أن يـكون للطالب فى المصرف حساب جار دائن	٢٥٠
(الحالة الثانية) ألا يكون للطالب فى المصرف حساب دائن	

ص	الموضوع
٢٥٢	النتيجة
٢٥٣	ثالثا : السفتجة الحديثة فى القانون — الوضع القانونى
٢٥٤	الوصف (التكييف) الفقهى الإسلامى
٢٥٥	ثالثاً : الشيك (السحب على الحساب الجارى)
	الوصف القانونى
٢٥٦	الوصف (التكييف) فى الفقه الإسلامى
٢٥٧	(رابعا) تظهير الأوراق التجارية
٢٥٧	تمهيد
٢٥٨	الوضع القانونى للتظهير
٢٥٨	آثار التظهير التام
٢٥٩	الوصف الفقهى الإسلامى للتظهير
٢٦٣	(خامسا) تظهير أوراق البضائع
٢٦٣	الوضع القانونى
٢٦٤	الوصف الشرعى
٢٦٤	(سادسا) الخصم
٢٦٤	الوضع القانونى
٢٦٥	حكم الشريعة الإسلامية على هذه المعاملات
٢٦٦	(سابعا) الاعتماد المستندى
٢٦٦	الوضع القانونى
٢٦٨	حكم الشريعة الإسلامية على هذه المعاملة
٢٦٨	الأساس الأول
٢٦٩	ملاحظة
٢٧٠	الأساس الثانى

الموضوع	ص
الأساس الثالث	٢٧١
(ثامنا) حوالة الذمة	٢٧٢
الوضع القانونى	٢٧٣
هل يجوز لولى الأمر هذا التدخل ؟	٢٧٥
خاتمـــة	٢٧٩
محتويات الكتاب	٢٨١

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٧٧/٤٧١٤

مطبعة النهضة الجديدة

دار الاعتصام



٩٠ قرشاً